B 17
7
42
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

Dottor ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1° Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

JOHAN. GOEDDÆI JC.

COMMENTARIUS

De contrahenda & committenda ſtipulatione,

Cum accuratis & copioſis Indicibus, ac diverſitate characterum ad uſum lectorum commodiorem diſtinctus.

EDITIO ALTERA.

Cum gratia & privilegio S. Cæſareæ Majeſtatis.

HERBORNÆ NASSOVIORUM

Excudebat Chriſtophorus Corvinus.

cIↃ IↃ cIL

B. 17. 7. 42

AD ILLUSTRES ET GENEROSOS S. ROMANI IMPERII COMITES ET DOMINOS, DN. PHILIPPUM-LUDOVICUM, DN. ALBERTUM, Comites in Hanavv & Rineck &c. Dominos in Mintzenberg &c. germanos fratres, dominos suos clementes & observandos,

JOHANNES GOEDDÆUS J. U. D.

EX quo, verè illustris & generosissimus Comes & dominus Dn. Johannes in Naßau Catzenelenbogen, Vianden, Dietz &c. dominus in Beilstein &c. Dominus meus clementißimus ad eruditam & illustrem suam Scholã, quam magno Christianæ Ecclesiæ & Reipub bono superioribus annis Herbornæ aperuit; nunc verò Sigenæ liberaliter feliciterq; conservat; me clementer vocásset, ut in ea cum cæteris Jurisprudentiam docerem: in hoc unicũ pro virili incubui, ut quæq; utilia, & juventuti necessaria in medium proferrem. Protuli inter cætera ante quinquennium, vel circiter, hunc de contrahenda & committenda stipulatione Commentarium (interpretes nostri TRACTATUM appellarent) non, ut in publicum prodiret, sed intra privatos scholæ parietes delitesceret. Scio, illustres & generosi Comites, quàm periculosum sit hoc tempore, cùm de cæteris liberalibus disciplinis, tum de Juris arte quid scribere, vel in publicum emittere. Critici jam sunt multi senes & juvenes; plures mali quàm boni; iniqui, quàm æqui censores: & quibus nihil rectũ, nihilq; ratum

& gratum, nisi quod ipsi, vel ii, quos affectu quodam singulari eoq; privato sibi selegerunt, feciſſent. Ab ipsis dissentire, ratione licet optimâ, piaculum est. Quod si ita affectibus indulgendum, & privatum publico præferendum, quid veritati fiet? Cœperat me pœnitere ejus, quòd aliquid aliquando passus essem typis committi: quippe quòd intelligebam illa mihi adhuc juveni excidisse: & modò siniſtrè, modo perperā à plerisq; accipi: interdum etiam sine causa damnari. Homo certè sum, humanum à me alienum nihil credo. Humanum est labi, præsertim juvenem, nondum viribus usuq; practico satis obfirmatū. Insultare autem lapso; & ubi lapsus non sit, aliquid criminis imputare, aut perperam & contra autoris mentem, aliquam ejus sententiam interpretari, ut vel ita turpiter is lapsus videatur, vel certè ex irrisione ejus sibi Criticus *laudem quærat; id planè invidiosum est. Decretum ergo mihi erat, nihil ejus, quod ad jus pertinet, deinceps in publicam lucē dimittere: & hoc adeò decretum erat, ut quamvis clarissimo consultissimoq; viro* D. Andreæ Christiano *Consiliario vestro acutissimo stipulanti ante biennium Dillenburgi promisissem Commentarii in tit. de Regulis Juris editionem, promissioni tamen standum non esse crediderim. Non enim eâdem necessitate ad faciendum, quâ ad dandum obligati præcisè cogimur. Neq; adeò rigidè amicus cum amico acturus, si justas excusationis causas audiat, & quòd solutio illa amico periculum famæ & existimationis facilè allatura. Sed nec diligentiam meā hac in parte necessariam aut utilem putabam, cùm infiniti propè commentarii in eum titulum extent. In hunc quoq; titulum, qui est* de verborum obligationibus, *bone Deus, quot occurrunt commentatores? quot acutæ interpretū disceptationes? quibus aliquid addere quid aliud est, quàm Soli lucem inferre? Etsi verò conatus eram omnia in hunc Commentarium cogere, quæ in universo Jure de Stipulationibus inveniuntur, & singula exactè rimari; nimia tamen earum rerum copia,*

difficultas

difficultas & infinitus controversiarum difficilium numerus non permitteret. Occupationes insuper prioribus quotidie accedebant, & me à proposito frequenter revocabant, nec in singula diligentiùs inquirere volebant. Ideoq; vel hanc solam ob causam malebam hunc impolitum Commentarium perpetuis tenebris opprimere, quàm in publicum exprimere: idq; multò magis ex eo die malebam, ex quo clarissimi viri D. Johannis Borcholts piæ memoriæ antecessoris laudatissimi Commentarii in hunc titulum ederentur. Etsi verò hæc apud me ita decreveram, prodit tamen hic Commentarius meus: quo fato, nescio: præter opinionem, scio. Ita me quidam quotidie fatigabant suis interpellationibus. Si quid in hoc peccati; ipsi ferant: me extra culpam esse cupio.

Vobis autem, Generosissimi Domini, hunc qualemcunq; laborem meum, quia in apertum prodire vel me invito gestiit, consecratum esse volo: non quòd putem aliquid momenti & singularis eruditionis habere: sed quòd hic partus in eadem Schola editus sit, in qua vosmet ipsi educati, pietate, bonarum artium & rerum cognitione imbuti: in qua ipsi aliquãdo quædam ex hoc Commentario disceptantibus objecistis, & cum iis in publico contulistis. Quoties recordor: recordor autem sæpe: quanto me favore prosecuti & benigna voluntate amplexi; semper me ad quæq; officia devinctum agnosco. Sed cùm non præstantius habeã, quod velim; & meritò vobis debeam, illud qualecunq; offero gratitudinis pignus, quod possum, & in præsenti habeo. Vestri est candoris, ut æqui boniq; consulatis, & potius donantis animum, quàm ipsum donum attendatis. Multis exponitur periculis hic meus partus: passim irruunt tempestates, insidiæ, latrocinia: graves sentiet hostium ictus; à quibus vix se sine patronis egregiis iisq; optimis & eruditis poterit defendere, nedum liberare. Quid autem spei ipsi vestra adferat erudita pietas, judiciiq; dexteritas, non est ut multis exponam. Ad vestrum patrocinium properat: in tutelam ve-

stram recipite: oppressores & insidiatores procul hinc rejicite. Principes in Republ. viros multa scire oportet, eaq; meliora: Horum enim doctrina omnibus autore Vegetio, subjectis prodesse debet. Meliora autem tum demum sciverint, si præter sinceræ pietatis & religionis præcepta, sint etiam sacrarum legum ac constitutionum, justi & æqui scientiâ imbuti. Magistratus enim minister Legis erit; cujus præsidio periculum à capite civium propulsatur: tranquillitas imperii conservatur & augetur. Remotâ justitiâ, remotâ æquitate, quid aliud erunt regna, ut ille dicebat, quàm latrocinia? quid doctrina principis nisi malitia? Ideoq; præstantissimus JCtus Gabriel Sarayna Veronensis, nihil furiosius esse arbitrabatur, quàm accedere ad Rempubl. nullis instructos legibus: nulla præditos humanitatis æquitatisq; scientia. In scenam, inquit, nemo prodit, nisi histrionicam probè meditatus: nemo fidibus ludit, nisi Muficam teneat: quãto magis oportet eos, qui Respublicas capessunt, qui consilium, qui opem innocentibus pollicentur, necessariis ad Rempubl. pertinentibus artibus antea exornari? Irrepunt in forum vanissimi sæpe Rabulæ causam acturi, qui, quando is quæstus est uberrimus, ex litibus lites serunt, clientes deglubunt, Respubl. depeculantur, indoctum judicem novis subinde cavillationibus ludificantur. Ex quo ille colligit & concludit, hæc quæ de jure eduntur, & ad usum publicum digeruntur, meritò viris principibus inscribi & nuncupari. At dixerit aliquis: proprio Marte, proprioq; ingenii acumine sine Jurisprudentiæ præceptis & diligenti principiorum disquisitione principes viros ea, quæ ad æquitatem & justitiã spectant, intelligere & exequi posse: cùm naturalis ratio eam nobis suggerat. Habent principes viros apud se artis æqui & boni peritos: Hos, si quid majoris difficultatis incidit, in consilium adhibent, horum judicio judicium dare & jus dicere possunt, Autore Demonacte Cynico, leges res sunt penitus inutiles, ut quibus boni non egeant, mali verò nihilo fiant meliores. Multi

legem

legem principi subjiciunt; ut pro ratione & lege sit voluntas. Sic enim divinus Plato in libro de Regno, in Republ. supremi imperii principatum non legibus, sed principibus tribuit; Et 6. politic. eos supra legem collocat, cùm illi supremæ rationis, à qua singulæ leges derivantur, munus sustineant. Et Aristoteles 3. politic. eam fore beatam Rempub. prædicat, quam princeps tantæ virtutis atq; prudentiæ administrat, ut summâ æquitate subditos sine legibus suo arbitrio moderari velit, & cuncta ex sua voluntate gerat. Sed hic audiat illud magni Zasii: Æquitas quidem omnia, inquit, bene æquiparat: verùm æquitas, quæ non est jure scripta, sed ex motu & affectione animi apparet, contra jus scriptum non est sequenda: alioquin nihil esset vel certum vel perpetuum in jure nostro, quibuslibet judicibus causarum statum ad quamlibet imaginatam & domi intra privatos parietes natam æquitatem detorquentibus. Est aliquid alienâ sapientiâ & peritiâ sapere prudenterq; agere. At propria multò præstat longiùs. Etsi sint, qui in ea disceptatione, utrùm supremum Imperiũ sit homini, an potius legi tribuendum in Reipub. administratione? statuunt; principi id potius, quàm legi dandum: hi tamen intelligunt talem principem, qui perfectus sit philosophus, atq; ita universi juris politicæq; doctrinæ peritus, non qualem reperire licet, sed qualem esse oportet, omnibus numeris absolutissimum. Quem cùm habere non possimus, tandem legi supremam potestatem attribuunt, ita tamen, ut in iis, quæ quotidie de novo emergunt, analogiam juris constituti principes & judices sequantur, & in his, quæ lege specialiter decidi nequeunt, permittente ea arbitrio suo bono & decente decidant. Ideoq; alio loco Aristoteles, civitatem, quæ legibus & consuetudinibus non est firmata, subsistere diu non posse concludit: & tandem in prædicto lib. 3. polit. Lex, inquit, imperio potiatur supremo potiùs, quàm civium aliquis. David Rex Israëlis sanctissimus cùm Solomonem filium regni heredem declararet, jussit ut regi lex

præesset, non rex legi. Ad vos ergo hic etiam Commentariolus advolat, ut quæ sit æquitas scripta & legũ moderatio in contractibus constituta, ac proinde sequenda, si de iis lites moveantur, exponat, & ad reliquorum fontium juris investigationem compellat. Invitat vos, ut propriis, non alienis videatis oculis, & propriâ doctrinâ bene prudenterq; judicetis. Multa quidem hîc prolixè & subtiliter disputantur, quæ non videntur admodum ad fori strepitum facere. Sed cùm fontes eorum aperiant, quæ in foro judicioq; peragenda; ne judicium nostrum aberret, sed certum sit, quia fontes ejus æquitatis scriptæ videat: non omnino sunt negligenda. Major quidem copia eorum occurreret in examine tituli de regulis Juris, si aliquando liceret ei lucem videre. Verùm cùm illud adhuc incertò sit: obligatio verò, qua amico teneor, urgeat, ne videar penitus fidem datam velle fallere, sed potius in aliquo, si liceret, obtemperare: hoc levidense interim accipite, fovete, & si per otium licet, legite, judicate. Faxit Deus pater Domini nostri JESU *Christi, ut dona Spiritus sancti vobis indies magis magisq; augeantur, & bene pieq; inchoatum administrationis vestræ opus feliciter succedat ad nominis sui gloriam, Ecclesiæ, sanguine filii sui redemtæ, & Reipubl. Christianæ ædificationem, nostramq; omnium salutem. Dabantur Marpurgi kalendis Augusti, anno* CIↃ IↃ XCVII.

DE

DE CONTRAHENDA ET COMMITTENDA STIPULATIONE

ΠΡΟΛΕΓΟ'ΜΕΝΟΝ.

Summæ.

1 *Ratio inscriptionis tàm in Cod. quàm Dig.*
2 *Obligatio quid, & quomodo* JCtis *vox propria.*
3 *Obligatio nascitur ex re, ex consensu, ex verbis.*
4 *Non omnia, quæ verbis fiunt, sunt verborum obligationes.*
5 *Verborum obligatio est effectus illorum cõtractuum, qui verbis contrahuntur.*
6 *Stipulatio est verborum obligatio.*
7 *Sed non sola: etsi Donellus dissentiat.*
8 *Dotis dictio quid olim fuerit, & qua scrupulositas ejus sublata.*
9 *Jusjurandum liberti quale olim, quale nunc.*
10 *Quòd plures sint verborum obligationes: ideoq; tit. in Dig. de verb. oblig. duplici tropo insignis.*
11 *Gaji locus de dotis dictione & jurejurando liberti ènucleatur.*
12 *Ulpiani locus de dotis dictione.*
13 *Quòd hi sint contractus verborum, per inductionem generum ostenditur.*
14 *Exempla dictionis dotis.*
15 *Jusjurandum liberti, cur sit verborum obligatio.*
16 *Jusjurandum non fit sine verbis.*

17 *Sine quo aliquid neque consistit neque perficitur, de ejus rei substantia est. nu 32.*

18 *Genus est singulis speciebus essentiale.*

19 *Jusjurandum, dotis dictio, stipulatio sunt genere sub eodem, sicut depositum, pignus, mutuum.*

20 *Non propterea quòd aliquid amplius est in specie, quàm in genere, species è suo genere eximitur. & nu. 30.*

21 *Non omnis inclusio est alterius exclusio.*

22 *Non omnibus est Gaji locus suspectus.*

23 *Dotis dictio differt à pacto & pollicitatione.*

24 *Pluribus modis per verba contrahimus.*

25 *Posita specie ponitur genus, & eo ipso alius quoque species hoc genus habere arguitur.*

26 *Jusjurandum constat verbis religiosis.*

27 *Verba habet communia cum stipulatione & dotis dictione. num. 29.*

28 *Posita specie ponitur genus, non contrà.*

31 *Quo sensu dicatur obligatio operarum, legatorum, via, dandi, faciendi.*

33 Verius est, *non dubitantis, sed modesti sunt hominis verba.*

34 *Quomodo verum sit, per acceptilationem tolli etiam juris gentium obligationes.*

35 *Vis & significatio verbi* consistere.

36 *Non est alibi sublatum vel abrogatum jusjurandum liberti.*

37 *Discutitur Rubr. C. de contrah. & commit. stipul.*

38 *Contrahitur stipulatio, & quomodo.*

39 *Committere quid & quo modo.*

40 *Partitio bimembris universi hujus disceptationis.*

41 *Distributio in* XII. *capita.*

1 QUem Titulum in Pandectis & Institutionibus Juris, more majorum, DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS, hunc in Codice suo, DE CONTRAHENDA ET COMMITTENDA STIPULATIONE Justinianus Imp. inscripsit. Sic enim ostendit, hunc in Pandectis non alium esse, quàm illum, qui in Codice *de stipulatione* conceptus est; neque per periphrasin stipulationis propriam

(ut

(ut plerique tam veterum, quàm neotericorum interpp. crediderunt) sed ab effectu, quem etiam cum quibusdam aliis contractuum speciebus communem habet, inscriptum esse. † *Obligatio* quid sit, definit Justinianus *Instit. de obligat.* nempe, juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundùm nostræ civitatis jura. Qua significatione JCtis *obligatio* per metaphoram nomen assumtum quidem est à vinculis & ligamentis res obstringentibus, *l. liberationis 47. l. seq. cum ibi notat. de verb. & rer. signif.* juxta illud pervulgatum; *Verba ligant homines, taurorum cornua funes.* Zas. *in Rubr. de actio. & obligat. num. 1. gloss. Instit. de oblig.* Sed in hac æqui & boni arte vox propria putabitur, cùm sit artis vocabulum. † Sicut autem ex omni contractu, qui re contrahitur, obligatio rerum nascitur; *§. 1. & seqq. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* ex contractu, qui consensu perficitur, obligatio consensu facta producitur: *l. 2. l. 3. ff. de action. & obligat. titu. Instit. de obligat. ex consens.* ita quoque ex contractu, qui verbis perficitur, verborum obligatio nasci perhibetur. *§. 1. Instit. de verb. obligat. d. l. 1. §. verbis. l. obligamur 52. ff. de action. & obligat.* † Etsi itaque Zasio autore hîc, quicquid agimus, quicquid contrahimus, & quæcunque societas civilis, quodcunque commercium: omnia ista, inquam, per verbum, & quod verborum vice fungitur, explicantur, *l. non figura. de action. & obligat. l. certum est. de reb. cred. si cert. pet. a.* adeò ut Modestinus lib. 2. Regularum scribat, *in plerisque obligationibus, quibus nudus consensus sufficit, idem verbis exprimi posse. d. l. obligamur 52. §. penult. de action. & obligat.* non tamen propterea ex iis omnibus negotiis continuò verborum nascitur obligatio; *d. l. obligamur 52. in princ. &*

2 3 4

§. pen. cùm substantia eorum non consistat in verbis, verborumque necessaria prolatione: sed aut in re, vel literis, aut consensu. *§. fin. Inst. de oblig. d. l. 1. l. 2. l. 3. ff. de action. & obligat.* Differentia hæc est inter verborum obligationem, & consensu factam: quia in hac possunt salvâ rei substantiâ, verba omitti, & consensus quocunq; alio animi motu declarari: in illâ neutrum: in hac verba saltem intercedunt, animi declarandi causa; in illa præter animi declarationem ideo intercedunt, ut ex ipsis verbis proficiscatur obligatio: ut in verbis consistat conventionis substãtia, ut ex verbis ipsum τὸ ἴδιον habeat negotium, ut & vi verborum, & per verba & propter verba promissor sit
5 obligatus, *per l. 7. §. quod ferè. ff. de pact. d. l. 7. h. t.* † *Verborum* igitur *obligatio* effectus est, illius contractus, cujus substantia, cujus essentialis forma in verbis, verborumque conceptione consideratur. *Æmilius Ferretus ad Rubr. h. t. num. 2. 3. 4. d. l. 1. d. l. 2. l. 3. d. l. obligamur 52.*
6 *ff. de action. & obligat. d. l. 7. §. quod ferè. de pact.* † Hujus autem generis esse *stipulationem*, non est, quod dubitemus. *l. 3. Cod. de inutil. stipulat. d. l. 1. §. verbis. d. l. obligamur 52. ff. de action. & obligat. d. l. 7. §. quod ferè. Gajus lib. 2. Instit. tit. 9. §. verbis. l. 1. in fin. l. si ita 126. §. Chrysogonus. vers. sed una verborum. h. t. d. §. 1. Instit. h. t.* Consistere enim ejus substantiam in verbis verborumque conceptione, ex *l. 1. l. 5. §. 1. d. l. si ita 126. §. sequens. vers. plerunque. h. t.* multisque aliis infra cap. 1. adducendis apparebit.
7 † Sed an hæc sola verborum obligationem producat, quæstionis est? Donellus ad Rubr. hîc à numero 7. & deinceps contendit, solam stipulationem, eamque unicam, causam esse verborum obligationis. Hic nititur primò autoritate JCti in *d. l. 1. §. 1. ff. de action. & obligat.* & Justiniani

niani *in d. §. 1. Instit. de verb. oblig. Verbis*, inquiunt, *obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fierive nobis stipulamur.* Hinc dupliciter probari videtur, tantùmmodò *verborum obligationem* ex stipulatione nasci. I. tum quia hæc obligatio tantùm ex interrogatione & responsione contrahi dicitur: interrogatio autem & responsio neque olim in dotis dictionem, neque in juramentum liberti, quo operas, dona, munera juravit, necessariò cadere potuêre: igitur verborum obligatio neutro casu constituebatur. II. tum quia absolutè, sine omni nota vel restrictionis vel exempli, asseritur, ex sola stipulatione verborum obligationem nasci. Secundò, de re incerta nihil certi affirmari debet: atqui incertum est, an dotis dictio, vel liberti jusjurandum produxerit verborum obligationem. Tertiò, ut vehementiùs premat, negat dotis dictionem & jusjurandum liberti, etiam olim, verborum obligationem generasse: Utrumque argumentis quibusdam probat. † Et quidem quod attinet *dotis* 8
dictionem, hanc ideò negat, olim verborum obligationem procreasse: quia alioqui dicendum esset, hodie ex quacunque dotis pollicitatione & pactione verborum obligationem nasci. Siquidem cùm olim quilibet dotem stipulatione promittere & dare poterat; *Ulpian. in fragment. tit. 6. de dotib.* tribus tantùm personis permissum fuit dotem dicere, h.e. dotem dicendo se obligare; mulieri scilicet ipsi nubenti, ejus parenti per virilem sexum cognato, & debitori mulieris. *Ulpian. d. tit. 6. Gajus libr. 2. Instit. titu. 9. §. sunt & alia.* Verùm Arcadius & Honorius hanc personarum differentiam & subtilitatem sustulerunt, eoque rem deduxerunt, ut quovis mo-

do quis dotem se daturum pactus sit, is de dote obligetur. *l. ad exactionem. Cod. de dot. promiss.* •Unde videtur dicendum, *dotis dictionem* fuisse quandam pollicitationem, sive pactionem suo modo peragendam, cujus hodie subtilitas sublata sit, res ipsa manserit. Ex quo consequens esset; non fuisse ex ea dictione natam verborum, sed facti obligationem, cujusmodi solet ex pactis, etiam legitimis, nasci, *l. 6. cum ibi nota. de pact.* & ex pollicitationibus causam habentibus, vel præstari cœptis. *l. 1. §. 1. §. 2. l. 3. l. 6. ff. de pollicitatio.* † De jurejurando liberti *donum, munus, operas* patrono promittentis ita differit: Primò; *aut simpliciter*, inquit, *aut conceptis & solennibus verbis jurabat libertus:* Si simpliciter jurabat, ideò non nascebatur verborum obligatio, quia ut illa proficiscatur, opus est solenni interrogatione & responsione. *d. §. 1. Instit. h. t. d. l. 1. §. verbis. ff. de action. & obligat.* deinde quia in hoc jurejurando verba non intercedunt, ut solennitate quadam animum præmeditatum arguant, *arg. l. 7. §. quod ferè. ff. de pact.* Quod si conceptis & solennibus verbis jurabat libertus, atque ita obligabatur, nec aliter: tamen ne sic dici debuit nasci ex verbis obligatio, sed ex jurejurando. Verba enim solennia ei promissioni cum aliis multis contractibus & negotiis communia erant: jusjurandum proprium, quo nimirum accedente libertus obligabatur. Ac jusjurandum quamvis solennibus verbis conceptum, nihilominus erat jusjurandum; & tanquam jusjurandum obligabat. *Obligatio* igitur, inquit, *ex jurejurando, non ex verbis oriebatur.* Alterum argumêtum, quod pro hac defensione inducit, tale est: Quemadmodum consensum cum cæteris cõtractibus stipulatio habet communem, verba

verò

verò propria ejus sunt: sic etiam jusjurandum liberti verba quidem communia habet cum stipulatione; religionis verò solennitatem propriam sibi capit. Atqui stipulationis obligatio non ex eo, quod cum cæteris commune habet, nempe ex consensu, nomen sortitur: sed ex eo, quod ipsius proprium est, nempe ex verbis. Ergo etiam hoc jusjurandum non dicetur obligatio verborum: sed obligatio ex jurejurando. Tertiò urget *l. ut jurisjurandi 7. ff. de operis liberto.* ubi Ulpian. hanc obligationem non appellat *verborum*, sed *jurisjurandi*: ergo negandum est, hanc verbis contractam censeri. Quartò profert *l. & per jusjurandum 13. ff. de acceptilat.* ubi idem Ulpian. eam jurisjurandi obligationem vocat *operarum:* quam acceptilatione tolli dicit: Et præterea cùm Ulpianus, *in d. l. & per jusjurandum 13.* sic loquatur, *& per jusjurandum liberti*, inquiens, *interpositam operarum obligationem per acceptilationem tolli verius est:* ex illis verbis, *verius est*, conatur elicere, Ulpianum de eo dubitasse, & aliud aliis visum fuisse, an per acceptilationem tolli possit? Quod cùm verum sit, & appareat de eo Ulpianum hæsitasse, consequens esse judicat, eam obligationem nõ esse verborum, sed aliam aliquam. Nam si ex verbis oriretur, sine hæsitatione affirmasset, acceptilatione tolli. Quintò contendit, necessariò non sequi: quia acceptilatione tollitur obligatio liberti jurejurando constituta: ergo verborum est obligatio: tum quia quilibet alius contractus acceptilatione tolli potest; *§. item per acceptilationem, Instit. quib. mod. tolli. obligat. l. sed etsi 10. l. & uno. §. 1. ff. de acceptilat.* tum quia acceptilatione non solùm tolluntur illæ obligationes, quæ verbis contrahuntur, sed et-

iam, quæ verbis consistunt, hoc est, quæ sine verbis solennibus non consistunt: seu, quę verba desiderât. Atqui hoc jusjurandum liberti, etsi verbis consistit, verbis tamen non contrahitur, sed jurejurando. Ergo etiam acceptilatione tollitur, non ut verborum obligatio, sed utpote, quæ sine verbis contracta non est, sive quæ sine verbis non consistit. Postremò etsi maximè largiamur, olim & dotis dictionem, & liberti jusjurandum verborum obligationem protulisse: hodie tamen secus esse (siquidem *dictio dotis* est sublata penitus *per d. l. ad exactionem. Cod. de dot. promiss.* Deinde quia jusjurandum liberti hodie verborum solennitate caret, & satis videtur, simpliciter juratum esse:) idque eò magis verum censet, quia & verborum solennis conceptio in stipulationibus cessat. *l. omnes. Cod. h. t. §. 2. Instit. h. t.* quantò igitur magis in jurejurando. Imò jurisjurandi liberti in amplissimo hoc titulo nullam fieri mentionem: ut ita videatur, non esse ampliùs *verborum* ejus *obligationem*, sed tantùm *jurisjurandi*, uti etiam *in d. l. 7. de oper. libert.* nominatur. Maneat igitur, inquit Donellus hanc disputationem claudens, ut nunc jus est, unam esse verborum obligationis causam, *stipulationem* nimirum, atque hinc solùm *verborum obligationem* oriri. † Contrà Cujac. & quidam alii contendunt, & olim plures, & hodie aliquam esse verborum obligationem, quæ non ex stipulatione, sed ex alio aliquo nascitur: nempe dotis dictionem, & jusjurandum liberti. Itaque sive jus antiquum, sive hodiernum intueamur, hæc in Pandectis Rubrica, *de verborum obligationibus*, duplici tropo insignis erit; *Metonymiâ* nempe *effecti pro causa* (de qua nullum videtur

detur dubium, nec repugnat Donel. sed liberé fatetur *ad Rub. num. 10. in fin. num. 11. & seqq.* licet ab initio visus sit illud quoq; negare, contendens synonyma esse *stipulationem* & *verborum obligationem:*) & deinde *synecdoche generis pro specie:* & de *hac synecdoche* cum Donello omnis est controversia. † Nititur Cujacius 11 primò autoritate & testimonio Gaji jus antiquum exponentis *in d. tit. 9. lib. 2. Instit. §. sunt & aliæ.* Nam cùm initio exposuisset exemplo mutui, quomodo re contrahatur obligatio: & statim *in § verbis* declarasset, quomodo verborum obligatio contrahatur per interrogationem & responsionem, h. e. per stipulationem: continuo sermone cum hoc obligationis genere copulat & dotis dictionem, & jusjurandum liberti: Sic enim; *Sunt & aliæ,* inquit, *obligationes* (verborum scilicet, ut ex ordine contextus facilè subintelligitur) *quæ nulla præcedente interrogatione* (h. e. unius saltem assertione & sermone prolato) *contrahi possunt, i. e. ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito* (h. e. dum jam uxor est suo marito) *dotem dicat: Quod tam de mobilibus rebus, quàm de fundis fieri potest: & non solùm in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed & pater ejus, & debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam ille debebat, sponso creditricis* (nubentis) *ipse debitor in dotem dixerit. Hæ tantùm tres personæ, nulla interrogatione præcedente, possunt dictione dotis legitimè obligari. Aliæ personæ, si pro muliere dotem marito promiserint, communi jure obligari debent: id est, ut & interrogatæ respondeant & stipulatæ promittant.* Hactenus Gajus de dotis dictione: sequitur de jurejurando liberti: *Item & alio,* ait Gajus, *casu, uno loquente, & sine interrogatione alio promittente contrahitur* (verborum scilicet) *obligatio: id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut*

operàs se daturum esse juraverit. Exponendum hic, quid sit donum, aut munus, vel opera: in qua re supra dicti liberti non tam verborum solennitate, quàm jurisjurandi religione tenentur: sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. Hæc Gajus: quibus ita propositis, statim redit in §. præterea. ad ea, quæ propria sunt stipulationis. Ex quibus perspicuum est, Gajum utramq; hanc obligationem verborum esse, & verbis æquè uti stipulationem, contrahi, afferere: illud enim & ordo verborum, & ipsa verba proclamant, nec impedimento sunt illa: *non tam verborum solennitate, quàm jurisjurandi religione tenentur.* Non enim his negat, verborum constitui obligationem, aut verborum solennitate jurantem obligari, sed non ea sola, verùm etiam religione: item firmitatem hujus obligationis per comparationem ejus, quod plus & minus est, arguit: quasi fortius ex hoc jurejurando obligetur libertus, quàm per stipulationem: quia præter verborum vinculum accedit etiam religio. Sic Cic. pro Dejota. *Istam*, inquit, *dexteram, non tam in bellis, neque in præliis, quàm in promissis & fide infirmiorem.* q. d. in utroque firma est, sed in hoc magis quàm illo. Magis autem & minus specierum substantias neque constituunt, neque evertunt, sed illustrant & ex-
12 plicant. † Accedit ad hanc Gaji autoritatem locus *Ulpiani in fragmen. tit. 6. de dotibus: Dos*, inquit, *aut datur, aut dicitur, aut promittitur: dotem dicere potest mulier, quæ nuptura est, & debitor mulieris, si jussu ejus dicat; parens mulieris sexus virilis per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.* Hic etsi adeò expressè non dicat, sicut Gajus, *dicere dotem*, esse *verborum obligationem con-*
13 *stituere de dote*; implicitè tamen idem dicit. † Nam

cùm

cùm triplici modo, sive formâ, dotem constitui tradat, ipsa re, nempe dando; deinde promissione, quę contingit per stipulationem; & denique dictione: eo ipso indicat, dictionem dotis, talem esse obligationem, quæ neque re, neque nudo consensu, neque stipulatione, neque literis contrahatur, sed alia verborum forma, nempe ipsa verborum dictione: proindeque verborum obligationem, non quidem ex promissione, id est, interrogatione & responsione, sed hac ipsa solenni dictione esse: atque ita hujus obligationis substantiam in ipsis verbis consistere, quatuor illorum generum inductione evincitur. Notum enim est, olim tria, *l. 1. de obligat. & actio. l. 1. l. 2. ff. de nova. l. prout 80. ff. de solutio. &c.* hodie quatuor esse contractuum genera: *§. 2. Institut. de obligat.* aut enim re vel (quæ olim nomina dicebantur, *§. 1. Instit. de liter. obligat.*) literis; aut verbis vel consensu fiunt. *dict. leg. 1. ff. de action. & obligat. dict. §. 2. Institut. de obligat.* Atqui dictio dotis neque re fit, (manifestè enim opponitur dationi dotis. *d. tit. 6. in fragmen. Ulpiani*) neque etiam nudo consensu; cùm dictum censeri nequeat, quod voce linguâ figuratâ pronunciatum non est. *l. sciendum. de ædilitio edict.* neque literis, cùm dicere, non cavere dotem oportuerit: verbis igitur facta sit necesse est. Nullum enim quintum genus. Neque objiciat aliquis, *Ulpian. d. tit. 6. dictionem dotis* opponere ejus *promissioni*: promissionem autem ad stipulationem referri. *l. 7. §. quod ferè. ff. de pact. l. optimam. Cod. h. tit. §. item verborum. Institut. de inutil. stipulat.* Respondeo, hac oppositione non removeri à dotis dictione genus, sed propriam utriusque differentiam indicari. Sicut enim Gajus *in dict. tit. 9. §. verbis & sequentib.* docet, verborum

obligationem duplici modo, sive duplici formâ constitui: uno modo per interrogationem & responsionem, sive utroque loquente, h.e. per stipulationem: altero modo per unius vocem, sive uno tantùm loquente, citra præcedentem aliquam interrogationem: puta per dotis dictionem, aut jusjurandum liberti: sic etiam his concisis verbis, dotem dupliciter constitui, docet *Ulp. d. tit. 6.* nempe aut ipsa re: aut verbis: Re, si res detur; verbis, aut utroque loquente, h. e. altero interrogante & altero respondente, sive promittente, quod contingit per stipulationem: aut uno tantùm loquente, h. e. si quis do-
14 tem dicat, qui sola dictione obligari potuit. † Dotis dictionis exemplum extat in Andria Terèn. actu 5. scena 4.

——— CH. *Dos, Pamphile est,*
Decem talenta. P. *accipio.* ———

Et in Heauton. act. 5. scen. 1.

M. *Quid dotis dicam te dixisse filio?*
Quid obticuisti? C. dotis? M. *ita dico.* C. *ah.* M. *Chreme,*
Ne quid vereare, si est minus: nil dos movet.
C. *Duo talenta pro re nostra ego esse decrevi satis.*

Et in Phormione act. 2. sc. 2.

——— *abduce hanc: minas quinque accipe.*

Plaut. in Trinum. act. 5.

——— *Sponden' ergò tuam gnatam uxorem mihi?*
CH. *Spondeo, & mille auri Philippûm dotis.* Ly. *dotem nihil moror.*

Ideo rectè Cujac. *in paratit. C. de dot. promiss.* Dotis dictio olim, inquit, fiebat solennibus verbis: veluti, *Mille doti tibi erunt*, &c. Quin verbis hunc contractum & quidem solennibus fuisse celebratum, adeoque produxisse verborum obligationem, testantur

tur *l. 2. ff. dos si qua fortè solenniter aut data, aut dicta, aut promissa. C. Theod. de inoff. nupt. l. ultim. C. Theod. de dotibus.* quod & Donel. *num. 10.* hîc agnoscere videtur. Imò cùm eam sublatam hodie testentur Impp. *in dict. leg. ad exactionem. C. de dot. promiss.* ibid. Cujac. *in paratit.* extitisse eam aliquando necesse est. † Jus- 15
jurandum porrò liberti (nam de eo solo jam agimus) quin verborum sit contractus & verborum obligationem producat, rursum autoritate Ulpiani *in dict. leg. & per jusjurandum 13. ff. de acceptilat.* probatur. Perpetua enim hæc & à natura profecta est regula: *Unumquodq; eodem modo tolli, quo colligatum est:* contractum re factum, re tolli: consensu factum dissensû scilicet finiri: verbis factum, non aliter quàm verbis extingui. *l. nihil tam. l. ferè quibuscunque. l. omnia quæ. ff. de reg. jur. l. prout 80. ff. de solutio.* Quod igitur aliter tolli nequit, quàm verbis, oportet quoque verbis contractum esse, & vice versa. *dict. leg. omnia quæ.* & ut Ulpian. ait: *acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est; acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia & ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.* Si itaque eodem Ulpiano teste *verius est*, ac longè certius, operarum obligationem, quam libertus cum patrono mediante jurejurando contraxit, etiam per acceptilationem tolli: eodem quoque JCto judice, hæc *obligatio* ex jurejurando nata, erit *verborum*, non alia aliqua. † Deinde, ipso Donello te- 16
ste, in omni omnino juramento, quamvis maximè simplici, verba desiderantur; sine verbis linguâ figuratis ac voce prolatis non contrahitur, nec contrahi potest: imò sine verbis non consistit, *d. num. 10. hîc: & de jurejurand. cap. 5. num. 1. & seqq. cap. 6. num. 5.*

cùm

cùm sit religiosa assertio teste Cicer. *lib. 3. officio.* Nec impedimento est, quod Wesenbec. *consil. 52. num. 18. in fin. volu. 2. per l. 3. C. si minor se majo. l. si quis major 41. in fin. C. de transactio.* asseruit, etiam per scripturam posse juramentum interponi: Intelligitur hoc enim eodem modo, quo emptio-venditio, quo locatio-conductio, quo societas, quo mutuum, quo stipulatio in scriptis fieri dicitur *in l. contractus. Cod. de fide instrumen. §. 2. Institut. de empt. & vend. ubi Dd. l. pen. C. h. t.* nempe, ut, quod voce prolatum est, scriptu-
17 râ comprehendatur. † Atqui sine quo aliquis contractus non consistit, sinè quo obligatio nasci non potest, sine quo non perficitur; illud ipsum est, ex quo ipsum τὸ τί ἐστι conventionis exsistit, ex quo ipsa obligationis substantia ac substantiæ nomen exsurgit: hoc ipso contractus rerum discernuntur à contractibus qui consensu, qui verbis fiunt: & hi vicissim ab illis & rursum inter sese. *dict. leg. 1. dict. l. 2. d. l. 3. d. l. obligamur 52. ff. de action. & obligat.* Sic ex eo, quòd mutuum, quòd depositum, quòd pignus non contrahatur, nisi proficiscatur pecunia, nisi res interveniat, *Instit. quib. mod. re contrah. obligat. l. 2. §. appellata. ff. si cert. pet at.* colligitur, hos contractus re fieri, & obligationes, quæ ex illis oriuntur, censeri rerum obligationes. Sic, inquam, cum solo consensu de re ac precio, emptio-venditio; societas consensu de bonis, operis, lucris & damnis communicandis perficiatur; ex eo judicatur, hos contractus solo consensu fieri, & consensu factas obligationes producere: licet consensus illius forma, ratione finis specialioris, alia sit in emptione-venditione, alia in societate, alia in mandato: ut etiam est alius finis rei traditæ in depositio, alius in mutuo, alius in pignore.

gnore. Cùm itaque Donellus fateatur *d.num. 10.* verbis solemnibus constitisse hoc jusjurandum liberti: verba desiderare, sine verbis non consistere: necesse quoq; est, ut cõcedat, in verbis substantiam ejus esse, & verborum obligationem producere; licet verba illa aliâ formâ, vel sine, seu modo, in stipulatione, quàm in dotis dictione, & in hoc jurejurando adhibeantur. † Genus enim est singulis suis 18
speciebus essentiale: ideoq; certissimum argumentum est, speciem illius generis esse, quia demonstratur, totum illud genus, quicquid in eo est, illi speciei essentiale esse; *Rodolphus Goclenius 2. problema. logic. 9. & 21. Johan. Thom. Freig. in quæstion. logic. lib. 1. de genere ac specie. P. Ramus 1. Dialect. 27. ibi Frider. Beurhusius in commen. & disputat.* etiamsi aliquid amplius species habeat, quàm generis formâ continetur. Constat enim quælibet species genere & formâ, id est, propriâ differentiâ. Et illud est, quod vulgò ajunt, *plus esse in specie, quàm est in genere.* † Si itaque constat, totum il- 19
lud, cur aliqua sit verborum obligatio, & propter quod unaquæque talis appellatur, huic liberti obligationi inesse; totumque illud verborum obligationis genus essentiale huic jurijurando esse; utiq; etiam sequetur, eam ipsam verborum obligationem esse, licet hoc amplius habeat, ut sit religione asserta, sive religiosis verbis facta obligatio. Nam & ea verborum obligatio, quæ ex stipulatione est, hoc amplius habet, ut sit verborum per interrogationem ac responsionem congruam facta conceptio, *l. 5. §. 1. h. t. d. §. 1. Instit. de verb. oblig. l. omnes. C. h. t.* Sic obligatio rerum, non aliter quàm traditione numerationeq; rerum constituitur: hoc omnib. ejus generis obligationibus cõmune est: sed illud amplius

habet mutuum, ut quantitate data in hoc, ut reddatur aliquando in eodem genere, constituatur. Depositum hoc speciale habet, ut custodiæ gratia res tradita sit. Pignus, securitatis causa. *tot. tit. Inst. quib. mod. re contrahitur oblig.* Sed propterea non cessant hi
20 contractus, hæ obligationes, rerum esse. † Non enim propterea, quia species aliquid amplius assumit, quàm in genere ejus est, ex ipso genere eximitur: Sed à cæteris ejusdem generis speciebus discernitur & distinguitur. Quæ cùm ita sint, facilè apparet infirmitas argumentorum, quibus in diversam partem Donellus rapitur. Primum enim ideo infirmum est; quia in *d. l. 1. §. verbis. d. §. 1. Instit. h. t.* una tantùm species ejus generis, quæ *verborum obligatio* dicitur, tractanda proponitur, veluti *in l. 2. §. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet.* estque perinde, ac si JCtus dixisset: Verborum obligatio contrahitur, veluti ex interrogatione & responsione, &c. ut & *in d. l. 2. §. final.* per modum scilicet contracti Syllogismi, quem Aristoteles tertiæ fecit figuræ, Ramus primæ.
21 † Deinde non omnis oratio enunciativa, sive propositio simpliciter facta, vim habet exclusionis; vel, ut vulgò ajunt, non omnis inclusio unius, est exclusio alterius: nisi illud res subjecta necessariò suadeat, aut de mente quid agentium constet: alioquin verba tantùm pro re subjecta ita accipiuntur, ut rei præsenti quidem inserviant, aliis minimè quid detrahant: ut ad *tit. de verbor. significat.* sæpe oste-
22 di. † Ad secundum respondetur; imò satis certum esse, quod asseritur, nec rem incertam facere, quod hic aut ille ea de re dubitat, & Gaji locum in *d. tit. 9.* suspectum habet. Excutit omne dubium, aliorum locorum, de quibus suprà, collatio: & plu-

res

res alii sunt, non minùs docti, quàm diligentes & studiosi antiquitatis, qui minimè Gaji locum suspectum putant, & ab omni suspicione vindicant: ut ita autoritas autoritati oppositа facilè intercidat. Denique Gajo accedit Ulpianus dupliciter, ut ex præcedentibus claret. † Ad tertium venio: imò af- 23
firmatur, inquam, utrumque, ut suprà visum est: Et quod ad argumentum de dotis dictione allatum attinet, respondeo: imò verò dotis dictio olim non fuit nuda pactio, vel nuda pollicitatio, cujusmodi illa est, de qua tractatur *in tit. Dig. de pollicit.* & qualem, abrogatâ dotis dictione, Arcadius & Honorius restituerunt, quamque cuicunque dotem pollicitanti concesserunt; in *d. l. ad exactionem. C. de dot. promiss.* Hæ enim nudo consensu consistunt, nudo placito perficiuntur, *d. l. 3. ff. de pollic. & l. 1. ff. de pactis:* ideoque consensu factam, non aliam obligationem producunt. Sed aliquid amplius dotis dictio habuit: nempe, ut dictis ritè rectèque verbis contraheretur, & ex dictione illa verbis solennibus facta esset obligatio. *Cujac. in parat. Cod. de dot. promission. & hic.* Exempla veterum suprà adduximus. Argumentum igitur illud est à separatis, & separatam causam habentibus, ex quibus teste *Eberhardo à Middelburg* nihil rectè infertur: quippe quòd hæc plerunque quatuor conficiunt argumentorum terminos. † Quod contra jusjuran- 24
dum liberti adfert, hac ratione eliditur: primò negatur, ut nascatur verborum obligatio, semper opus esse interrogatione & responsione: contrarium enim testatur Gajus *d. titul. 9. §. verbis. & sequentibus.* Deinde, posita una specie, non continuò sequitur; ergo nullas alias ejusdem generis species exsistere.

25† Imò eo ipso, quo species generis una asseritur, propter illud, quod amplius in ista est, sive propter specialem differentiam; utique etiam affirmatur, plures ejusdem generis species ab hac specie dissidentes esse. Interdum evenit ita genus quoddam exsistere, ut nihil amplius habeat. Sed tum videndum est, an hoc perpetuò ita se habeat, an verò interdũ aliquid amplius recipiat: Nam si non semper in sua forma permaneat, sed aliquam ampliùs assumat, vim speciei habere eo casu deprehenditur: & hoc modo opponitur, tãquam species alia speciei positæ aliquid amplius habenti: veluti accidit adoptioni, quæ cùm eo casu, quo arrogatio non est, nihil amplius, quàm generis sui formam recipiat, oppositæ arrogationi, speciei vices subit: *§. 1. ubi interpp. Inst. de adoptio.* Demonstratâ ergo specie unâ, sic genus quoque demonstratur, ut hoc ipso probetur, illud in hac unica specie non acquiescere, sed in se plures comprehendere: quod etiam cognationis & agnationis exemplo, *§. 1. Inst. de legit. agnato. tutel. l. 1. ff. eod. l. 4. §. 1. l. 10. ff. de gradib. cognat.* & multis aliis confirmari potest. Ergo si aliqua est verborum obligationis species, quæ interrogatione & responsione consistit: positâ hac specie, necesse est ejusdem generis aliam aliquam quoque speciem esse, quæ alio aliquo modo verbis constituitur, veluti uno loquente: ut ne potius synonyma videantur, quàm veluti genus & species inter se
26 differre dicãtur. † Rursũ affirmo: imò verba in hoc jurejurando, etiam simpliciter facto, intercedunt, ut ex verbis religiosis illis proficiscatur obligatio, ut propterea obligatus sit jurans, quia hæc verba eo animo deliberato & præmeditato religiosè pronunciat. Simplex enim pactum non conficiunt, nec sim-

simplicem pollicitationem: neque intercedunt pacti vel pollicitationis confirmandæ gratia; sed ut ipsâ religiosâ assertione negotium sit contractum: Unde etiam *jurisjurandi obligatio*, & *per jusjurandum interposita* apud Ulpianum *in d. l. ut jurisjurandi 7. ff. de operis libert. & d. l. & per jusjurandum 13. ff. de acceptilat.* appellatur. † Quod deinde de altero syllogismi membro differit: nimirum, si jurabat solenniter, ne sic quidem nasci debuisse ex verbis obligationem, sed ex jurejurando; respondeo; si illa consequentia vera esset: *Verba solennia juramento liberti sunt communia cum multis aliis contractibus: jusjurandum verò ipsius proprium est: Ergo obligatio ejus, non erit verborum, sed ex jurejurando:* illud quoque consequens foret, *nec stipulationem* esse *verborum obligationem:* quia *verba* habet communia cum multis illis contractibus, cum quibus etiam huic jurijurando ea communia Donellus facit. *arg. l. 2. in fin. de reb. cred. si cert. peta.* ac proinde appellanda esset *obligatio ex interrogatione & responsione*, sive *ex stipulatione*, uti etiam haud obscurè appellatur in *d. §. 1. Inst. de verb. oblig. d. l. 1. §. verbis. ff. de actionib. & oblig. d. l. 2. in fin. ff. de reb. cred. si cert. l. cùm enim 7. l. si rem 31. vers. cùm jam ex stipulatu obligatus es mihi. ff. de novatio. l. si ex legati 23. l. seq. h. t.* & quia *ex stipulatione* dicitur, propterea non esset *verborũ obligatio* censenda. Rursum hoc etiã consequens esset, cũ obligatio ex credito, vocari soleat *obligatio mutui:* ex depositio *depositi*, &c. nõ amplius cẽseri posse contract⁹, qui re fiũt; cõtrà quàm in *tit. Inst. quib. mod. re cõtrah. obl. & in d. l. 1.* respõsum est, & à Donello docẽt ad Rub. & *l. 1. de reb. cred. si cert. pet.* imò nec empti-vẽditi, nec mãdati, nec locati-cõducti obligatio, ppter hãc specialẽ appellationẽ, amplius *obligatio cõsẽsu facta* dici 27

posset: contrà quàm traditur in *tit. Instit. de oblig. ex consens. d. l.1. d. l.2. d. l.3. d.l. obligamur. ff. de action. & obligation.* Est igitur hoc argumentum, à non causa ut
28 causa. † Deinde malè à formali differentia, & ab eo, quod amplius est in specie, quàm in genere, affirmato quis argumentatur negativè ad genus: sed positâ specie, eaque à speciali suâ differentiâ explicatâ, necessariò quoque genus, & quidem affirmativè poni in omnium ore est: licet non contrà posito genere, hæc continuò vel illa posita videri possit species: autore Eberhardo à genere ad speciem: & contra. Si itaque quis fatetur *jurisjurandi obligationem* esse, eandem quoque *verborum* esse fateatur, necesse est: quia *jurisjurandi* esse non potest, nisi & *verborum* sit: sicut nec depositi vel pignoris esse potest, nisi sit & rerum. Alterum pro hac defensione inductum argumentum à comparatis est per similitudinis rationem: ut *quemadmodum se habet subalterna species ad suum genus: sic quoq; se habeat subalternum genus ad speciem suam specialissimam.* Sed in idem vitium
29 cum proximo recidit. † Respondeo igitur primò: quemadmodum, quia verba stipulationis propria sunt, consensum verò communem habet cum cæteris omnibus conventionibus, non propterea hæc ipsa cessat esse species conventionis, ac proinde contractus: ut cap. 1. dicetur. sed tantùm specialius ejus conventionis nomen à propriâ differentiâ assumit: sic nec liberti jusjurandum cessat esse species obligationis, quæ verbis constituitur, quia non quibuslibet, sed juratis verbis efficitur: uti nec stipulatio quibuscunque, sed per interrogationem & responsionem prolatis perficitur. *l.s. §.1.h.t.* Ex quo consequens est, vitiosam ex præmissis conclusionē

fuisse

fuisse collectam: utpote quæ plus contineat, quàm est in præmissis: item quæ æquivocatione terminorum laboret, & à non causa ut causa sit: deniq; quæ à proposita quæstione aberret. Non enim quæstionis est, an ex hoc jurejurando nascatur *eadem* in specie *verborum obligatio*, quæ ex stipulatione; sed an eadem *genere?* Deinde ad minorem hoc respondeo, nempe, stipulationis proprium sive formale, non esse verba sola, ut per verba tantùm sit illud, quod est, sed esse verba per interrogationem & responsionem concepta, & ex hac conceptione verborum nomen sortiri. Verba enim materia stipulationis sunt, cui si imprimatur hæc forma per interrogationem & responsionem hoc animo conceptam, ut per eam sit verborum obligatio contracta, stipulatio erit; & ab hac speciali verborum forma, quæ est in eorum conceptione, nomen illud accepit. Pari modo jurisjurandi nomen non est simpliciter & tantùm à verbis, sed à verborum conceptione religiosa. Non enim proprium formale ejus est, ex verbis esse, sed ex verbis religiosè prolatis. Quo sensu ergo stipulationis proprium esse dicitur ex verbis esse, & à verbis nomen habere; eodem quoq; jusjurandum liberti ex verbis est, & esse dicitur. † Ad tertium quoque facilis est ex præce- 30
dentibus responsio: non enim propterea, quia specialiùs appellatur ab Ulpiano *jurisjurandi obligatio*, sequitur: *ergo non esse verborum obligationem:* cùm specifica rei differentia speciem è genere non tollat, sed (ut diximus) inesse declaret: alioquin cùm ex eo, quòd homo ratione utitur, & quasi ratione consistit, homo appelletur rationalis, concludendum foret, hominem animal non esse; cùm nullum aliud

animal ratione utatur: quod est ἀδύνατον. † Sed nec
31 quartum quidquam facit: Nam etsi à subjecto, quod hac promissione comprehensum est, Ulpianus vocat *obligationem operarum in d. l. & per jusjurandum 13.* non tamen propterea negat esse *verborum*: alioquin dicendum foret, cùm stipulationem, quâ libertus patrono operas promisit, Julianus *in l. in stipulationibus 54. §. operarum. h. tit.* Ulpian. *in l. libertus 15. §. 1.* & Papinian. *in l. libertus 41. ff. de oper. libert.* nominaverint *operarum stipulationem* & *obligationem operarum*; hanc quoque *verborum* non esse: quod quilibet inconsequens judicaverit. Sic nec obligatio ex empto-vendito, & ex locato-conducto, cessat esse consensu facta obligatio: quia interdum appelletur speciali hoc nomine: quia interdum vocetur obligatio precii, vel rei venditæ: obligatio pensionis, vel insulæ locatæ, &c. Sic stipulatio ex subjecto alia est in dando, alia in faciendo. *l. 2. h. t.* nec tamen propterea ulla harum desinit esse verborum: licet illa rem, hæc factum contineat. Sic *in l. scire debemus. §. stipulationem quoque. h. tit.* aliqua *stipulatio* vocatur *legatorum.* Legatum est donatio quædam, *§. 2. Instit. de legat.* & delibatio hereditatis. *l. legatum 116. ff. de legat. 1.* Non tamen hæc *legati stipulatio* propterea donatio quædam est, aut hereditatis delibatio: sed illud continet, quod tale est. Imò stipulatio quædam dicitur, viæ, itineris, actus, aquæductus &c. *l. stipulationes non dividuntur. h. tit.* quæ ser-
32 vitutes utique sunt reales. *Instit. de servitut.* † Nec tamen propterea hæ stipulationes sunt *rerum obligationes*, sed *verborum.* Itaque à subjecto denominari notum est. Atqui non à subjecto obligationis, sed ex eo genera contractuum distinguuntur, sine quo, tanquam

tanquam propriâ & communi materiâ, constituí, consistere & existere non possunt, *d.l.1.d.l.2.d.l.3. dict. leg.obligamur.de action.& obligat.l.1.l.2.ff.de novat.l.2. §.1. §.2.§.fin.ff.de reb.cred,si cert.petat.L7.ff.de pact.* Igitur nec à subjecto operarum in jusjurandum deductarum, & ex eo assumtâ denominatione, genius obligationis illius distinguetur, sed potius ab eo, sine quo esse nequit, sine quo non consistit. † Nullius 33
etiam momenti est, quod elicitur ex verb. *verius est.* Nam hæc hominis modesti, nõ dubitantis esse verba, JCtis valde familiaria, ut & temeritatis & ambitionis suspicionem à se summoveant; simpliciterque affirmare, non semel Donel. post Duare. & veteres omnes, monuit. Una enim, non multiplex est veritas. Itaque quoties JCti ajunt, *verius esse*, intelligunt, illud ipsum omnino esse verum, quia sit verissimum, etiamsi quis disentire conetur. † Ad 34
quintum venio: Majorem, sive potius antecedens syllogismi connexi, duplici ratione autor objectionis confirmare nisus est: quarum altera eò spectat, quòd *acceptilatione non solum verbis contractæ, sed & consensu, & re & literis factæ obligationes tollantur.* Quod verum est, si priùs noventur, hoc est, per stipulationem in verborum obligationem transmutentur, *dict.§.item per acceptilationem.dict.leg.& uno. §.1.* Unde adhuc illud manet, ne quidem hoc casu, consensu vel re contractam obligationem acceptilatione tolli, sed tantùm verborum: cùm illa prior jam antè novatione sublata sit. *leg.1.leg.2.ff. de novat. dict. §. item per acceptilationem. l. Aquiliana. ff. de transactio.* Quòd si acceptò latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus erit: adeò non liberatur, ut exceptione doli opus habeat, vel pacti conventi,

l. si acceptò latum 19. ff. de acceptila. quibus adde quæ annotavi *ad l. natura 177. de verb. significat.* Itaque illud rursum hinc emergit, acceptilatione ipso jure non tolli obligationem, nisi verbis contractam. *d. l. an inutilis. §. acceptum fieri. d. l. prout quidq; 80. ff. de solutio. d. §. item per acceptilationem. d. l. nihil tam. l. omnia quæ. ff. de reg. jur.* Altera ratio, quæ talis est: quia *non solum acceptilatione tolluntur illæ obligationes quæ verbis contrahuntur, sed &, quæ verbis consistunt:* est à non causa ut causa. Ego enim didici, eam obligationem, quæ verbis consistit, etiam verbis contrahi, & contrà.

35 † Hanc enim vim verbi *consistere*, esse patet *per d. l. 2. §. 1. de reb. credit. si cert. pet. §. 1. Institut. quib. mod. re. leg. 1. ff. de tritica. condict. §. 1. vers. quæ sine scriptura consistunt. §. item precium. vers. in numerata pecunia consistere debet. vers. putabant precium posse consistere. Institut. de emption. vendit. & in leg. 1. ff. mand. Obligatio*, inquit Paulus, *mandati consensu contrahentium consistit:* quia nudo consensu fit; & cùm substantia ejus in consensu substistat, & consensu solo contrahatur. *titul. Instit. de obligat. ex consens.* ergo dicit, *mandati obligationem*, quamvis verbis fortasse factam *juxta dict. leg. obligamur 52. §. pen. de action. & obligation. dict. leg. 7. §. quod ferè. de pactis. consensu consistere.* Eodem sensu accipitur *in l. 2. ff. de ritu nuptia.* Substantia enim nuptiarum est in consensu. *leg. nuptias. de reg. jur.* & sine eo non contrahuntur. *l. in vitam 28. l. simulata 30. leg. oratione 16. in fin. ff. de ritu nuptia.* Est enim conjunctio maris ac fœminæ hoc animo & fine facta, ut sit consortium omnis vitæ &c. *leg. 1. de ritu nuptiar.* Ideo Paulus; *Nuptiæ*, inquit, *consistere non possunt, nisi consentiant omnes* &c. *dict. leg. 2.* Si itaque omnis contractus, qui verbis consistit, verbis etiam contrahitur, &

contrà:

contrà; sicut omnis, qui consensu contrahitur, consensu consistere dicitur, & contrà: sine causa *quosdam* contractus *verbis consistere* dicitur, qui tamen verbis non contrahantur: & per consequens antecedens hujus argumenti non probatur. Sed nec minor subsistit: imò simpliciter negatur. Si enim substantia & materia jurisjurandi consistit in verbis, ita ut nullo modo sine verbis fieri possit; ex superioribus sequitur, *jurisjurandi obligationem* quoque *verborum* esse: h. e. è genere esse obligationum, quæ neque re, neque nudo consensu, neque scripturâ, neque maleficio, vel quasi fiunt, sed verbis contrahuntur. † Etsi postremò fateamur, dotis dictionem à foro recessisse: nullibi tamen probatur, sublatam esse jurisjurandi illius obligationem, atque ita eandem adhuc hodie durare, modò quis libertos habeat. Quod enim non mutatur, cur stare prohibetur? *l. sancimus. C. de testam.* Neque ex eo, quòd sub hoc titulo nullibi hujus jurisjurandi fit mentio, firmiter concluditur, *hodie ex hoc jure jurando non nasci verborum obligationem.* Non enim hoc erat vel Treboniano, vel ejus collegis propositum, de omni verborum obligatione, sed quæ ex stipulatione esset, in hoc titulo agere. Quin etsi solennia & directa verba hodie in stipulatione necessaria non sunt, *d. l. omnes. C. h. t. d. §. 2. Inst. h. t.* non tamen propterea cessat esse *verborum obligatio*: Ergo nec jusjurandum propterea, quod fortasse solennia & directa verba amplius non desiderat, cessat esse *obligatio verborum.* Quæ cùm ita sint, sive antiquum sive præsens jus spectemus; verum manet, quod diximus, hunc tit. in Pandectis, *de verborum obligationibus*, duplici tropo insignem esse: *Metonymiâ* effecti pro causa: & *Synecdoche* generis pro specie. 36

37 † In Codice, ut dixi, inscriptio talis est: DE CONTRAHENDA ET COMMITTENDA STIPULATIONE. Hæc ὑπόθεσις duo cõtinet: unum, quomodo contrahatur stipulatio: alterum, quomodo
38 contracta committatur. † Contrahitur eo ipso, quo negotium illud inter convenientes hinc inde factâ interrogatione & responsione perficitur, initur, placet, & quasi in idem placitum negotiumque mutuo consensu secundùm juris regulas pertrahitur. *l. Labeo 19. de verb. signif. l. 1. in prin. & §. 1. l. 2. & seqq. l. 5. l. 6. l. 7. ff. de pact. l. 1. ff. de action. & oblig. l. 1. h. t. d. l. obligamur 52. l. prout 80. de solutio. §. fin. Institut. de obligat.*
39 † Committere, etsi quidem non unam habet significationem, de qua lexicographi; hîc tamen nihil aliud significat, quàm deberi incipere, & in ea causa esse, ut ex ea agi possit, *§. sub conditione. Inst. h. t.* ut ex ea stipulatione quid peti & condici queat: quod contingit aut statim ipsa conventione; aut ex postfacto: tum quia aliquid fit, vel non fit, quod fieri oportebat: aut conditio diésve cessit. *l. ult. ff. de lege commisso. l. pen. ff. rem pupill. salv. l. 2. §. fin. l. 3. l. 4. l. stipulatio ista 38. §. si quis forte. §. hi. & seq. l. 63. l. 111. l. 113. l. 115. in prin. §. 1. §. 2. l. 124. h. t. l. 6. ff. de præto. stipulat. l. 1. §. 1. l. 3. ff. usufruct. quemadm. cave. l. 24. ff. de novat. l. Stichum 95. ff. de solutio. l. scrupulosam 11. l. seq. C. h. t. l. in jure civili 161. in fin. ff. de reg. jur. Johan. Sichard. ad Rub. C. h. tit. num. 12. 13. & seqq. Johan. Robert. lib. 1. animad. cap. 16. Anton. Faber lib. 3. conjectur. cap. 7. Turnebus lib. 28. adversar. cap. 46. Donell. ad l. 4. §. Cato. h. t.* † Est ergo omnis de stipulatione
40 quæstio, aut de eâ juxta juris regulas contrahendâ; aut de contractâ ex eo, quod ritè rectéq; conven-
41 tum est, committendâ. † Quia verò omnis tractatio nostra de stipulatione jam est futura: ideoq; explicabimus,

cabimus, quomodo contrahatur: deinde quomodo contracta committatur. Committi enim non potest, hoc est, non producit obligationem, neque ad producendum eam apta est, nisi sit ritè rectèque contracta: ut vel solus titul. in Instit. & Cod. de inutil. stipulat. arguit. Igitur oportet præcedere disputationem de ea quæstione, quid sit, & quomodo rectè contrahatur: sequi verò, de effectu ejus, & de effectus illius qualitate, atque usu. Nam in eo potissimùm commissionem & vim committendæ stipulationis spectamus. Omissâ autem disceptatione, de titulorum continuatione, quam utroque locò, & in Cod. & in Digestis, satis aptè tradit post gloss. Bart. Alciat. Bologn. Johan. Sichard, Zas. Cujacius & alii: rem ipsam, divinâ adspirante gratiâ, aggrediemur: & pro faciliore intellectu ac memoriâ totam hanc disceptationem sequentibus capitibus includemus. Sit ergo

I. Cap. De notatione, significatione, definitione & partitione stipulationis.

II. De causa efficiente & conservante.

III. De materia stipulationis.

IIII. De forma ejus.

V. De fine stipulationis.

VI. De subjecto, sive objecto stipulationis.

VII. De iis, qui stipulationem contrahere possunt, vel non possunt.

VIII. De adjuncto stipulationis.

IX. De effectu stipulationis.

X. Cui obligatio ex hoc contractu acquiratur, per quem, & adversus quem.

XI. De effectu hujus obligationis; nempe de actione, & quid in eam veniat.

XII. Quibus modis stipulatio ejusque effectus finiatur.

His, inquâ, ordine explicatis, finem tractationi isti imponemus. Oro autem Deum Patrem Domini nostri Jesu Christi, ut Spiritus sancti dona in nobis accendat & augeat, in viâ veritatis ducat ac reducat, nec à recti & veri tramite aberrare patiatur, per eundem Dominum nostrum Jesum Christum: Amen.

DE NOTATIONE, SIGNIFICATIONE, DEFINITIONE ET PARTITIONE STIPULATIONIS.

CAP. I.

QUod in principio omnis disputationis fieri censet M. T. Cicero lib. 1. de orato. ut quid illud sit, de quo disputabitur, explanetur, ne vagari & errare cogatur oratio, si ii, qui inter se dissenserint, non idem esse illud, de quo agitur, intelligant: idem quoque mihi faciendum esse arbitror: idque eò magis arbitror, quòd methodicos commentarios pro virili, & quo ad ejus pertinacia propositæ materiæ permittet, proponere decrevi. A definitione igitur tam nominis, quàm rei exordiar, & partitionem in hoc capite annectam.

SUMMÆ.

1 *Stipulatio à stipulo & stipite dicta.*
2 *Ratio hujus nominis.*

3 *Dis-*

3 *Dissentiunt plures, & cur.*
4 *Conjugatorum vis.*
5 *Referenti non creditur, nisi constet de relato.*
6 *Analogia notationum & rerum significatarum.*
7 *Quæ potiores notationes.*
8 *Defenduntur Justinian. & Paulus.*
9 *Isidori locus de hac notatione.*
10 *Placentini optima dictio: cur à stipite.*
11 *Dissentientium refutatio.*
12 *Locus Varronis expenditur.*
13 *Quando non sit locus illi, quòd referenti credi non soleat, nisi constet de relato.*
14 *Non à στείβειν, neque à τύφω.*
15 *Varia stipulationis significatio.*
16 *Stipulari nunquam absolutè ponitur pro promittere & spondere.*
17 *Stipulari verbum commune.*
18 *Isidori locus consideratur.*
19 *Metonymia & Synecdoche in hoc verbo.*
20 *Pro actu pro re, pro contractu, pro effectu.*
21 *Definitur stipulatio.*
22 *An sit contractus nominatus.*
23 *Negant quidam contractum propriè esse: & quibus argumentis.*
24 *Quid sit verborum conceptio.*
25 *Contractus sunt facti.*
26 *Appellatur cautio.*
27 *Probatur, quòd propriè sit contractus.*
28 *Non est contractus, qui propriè non est.*
29 *Consideratio l. 19 de verb. signi. quid contractus, quid actum, gestum, idem 32.*
30 Συνάλλαγμα, *quid Græcis.*
31 *Quomodo idem & actum, & gestum, & contractum.*
33 *An donatio, pactum liberatorium, refutatorium &c. contractus.*
34 *Quomodo contrahatur.*
35 *Exemplo declaratur pactum & contractus.*
36 *Pactum de deponendo, differt à contractu.*
37 *Donatio caret commercii causa.*
38 *Donatio quomodo in formam contractus tranxeat: sed alienæ.*

39 Nec ex Justiniani constitut. est contractus.
40 Liberatio & refutatio cur non sint contractus.
41 Comparatio & similitudo etiam est inter res ejusdem generis.
42 Remotio unius non est continuò remotio alterius.
43 Quatenus stipulatio est contractus.
44 Stipulatio etiam facti est.
45 Quomodo à facto nomen habeant contractus.
46 Res formis discernuntur.
47 Pignus est contractus: & quomodo stipulatio dicatur cautio.
48 An stipulatio nominatus vel innominatus contractus, & ratio dubitandi.
49 Duæ sunt potiores notæ, quibus discernuntur nominati & innominati contractus.
50 Declaratio harum notarum.
51 Æstimatorius contractus, cur innominatus.
52 Contrahentes stipulationi dant formam.
53 Communis opinio de contractibus nominatis & innominatis examinatur.
54 Johan. Corasii de hac differentia opinio ex parte rejicitur: & quòd transactio ne quidem contractus.
55 Bartoli sententia de hac differentia declaratur.
56 Est contractus verborum.
57 Propriè stipulationis forma.
58 In quo consistant rerum formæ.
59 Exemplis artium ostenditur, & declaratur.
60 Contractus & in genere à generali forma, & in specie à speciali dividuntur.
61 Definitur mutuum, commodatum, depositum, pignus, emptio-venditio, locatio-conductio, literarum obligatio, &c.
62 Literarum obligatio an post biennium primùm incipiat.
63 Definitur contractus, do ut des, do ut facias &c.
64 Quid habeat stipulatio commune cum dotis dictione & jurejurando liberti.
65 Iterum de forma cujusq; rei.
66 Quomodo voces non minus literis, quàm voce figurata obligent.
67 Pactum fit etiam interrogando & respondendo: & in quo à stipulatione differat.
68 Si scriptum sit, promisisse, præsumitur stipulatio: & cui incumbat

cumbat contrarii probatio.

69 *Pacta fiunt nudo consensu tacitè & expressè inter præsentes & absentes.*

70 *Gomezius malè definit pactum.*

71 *Differentia pacti, pollicitationis, stipulationis, acceptilationis.*

72 *Novatio est stipulatio: non autem acceptilatio.*

73 *Est concepta interrogatio & responsio: & quid circa stipulationis solennia sit mutatum novo jure.*

74 *An & quo casu fingatur contracta, ubi tamen nulla intercessit interrogatio & responsio.*

75 *Sponsalia non semper contrahuntur per stipulationem: & l. 7. de verb. signif. expenditur.*

76. & 80. *Cur omittatur hic vocab.* SE.

77 *Tria Pompon. attribuit stipulationi, quorum unum solius stipulationis proprium est.*

78 *Cur de dando faciendóve definiatur.*

79 *Non omnes contractus sunt de dando faciendóve.*

81. 83. *In l. 5. §. 1. h. t. non propriè definitur stipulatio, nec in ea significatione, quâ designat contractum, sed conceptionem verborum, sive formulam.*

82 *Sunt plerique conati perfectiorem dare definitionem.*

84 *Exponunt vulgò* conceptio verborum *per verb. contractus: sed malè.*

85 *Vera interpretatio à mente & sensu autoris petenda: & quomodo.*

86 *Varia sunt stipulationum formulæ; de quibus Pompon. in d. l. 5. tractat.*

87 *Satis acceptionem & stipulationem definit Pompon. ut earum differentia appareat circa formulam.*

88 *Stipulatio concepta, conceptio, conceptis verbis.*

89 *Communis opinio eliditur.*

90 *Quæ definitiones* JCto *necessaria, nec cum Galeno reprehendenda.*

91 *Verus sensus Impp. &* JCtorum *debet erui.*

92 *Nec Paulus lib. 5. sentent. tit. 7. exactè definit stipulationem.*

93 *Rejiciuntur etiam definitiones à Bolog. & Giardino & Cujac. allata.*

94 *Partitio stipulationis.*

95 *Cur hic nihil de divisione stipulationum.*

I. CONCLUSIO.

1 *STipulatio†, ex eo, quòd firma sit, à stipulo dicta censetur, quòd stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens nomen.*

Fundamentum hujus conclusionis si rogas, remitto te ad *§. 1. ubi Interpp. Instit. h. t.* Paulum *lib. 5. senten. tit. 7.* Festum Pompeium, Isidor. *lib. 5. etymol. cap. 24.* Cujac. *in paratit. Cod. h. tit.* Donell. *ad l. 5. §. stipulatio autem. num. 2. in fin. h. t.* Steph. Forcat. *Necyoman. dialog. 72. ad fin.* Derivatur, inquam, *stipulationis* nomen *à stipulo*: *stipulum* verò à *stipite*. Nam à *stipite* fa-
2 ctum videtur *stipulum* & *stipulor* & *stipulatio*. † Ideo autem à *stipulo* hoc nomen hic contractus accepit: quia firmandarum obligationum causa, & ut pressiùs ac vehementiùs adstringantur rei, firmiusque teneantur, inveniebatur autore Paulo *d. tit. 7. lib. 5. sentent. l. 1. §. verbis. in fin. ff. de action. & obligat. l. 5. §. stipulatio. l. si ita 126. §. Chrysogonus h. tit. Jas. ad Rubr. Donell. nu. 15. h. tit. Alcia. in Avinion. prælect. ad Rub. h. tit. num. 23. & in comm. num. 49. Zas. ad l. 1. num. 2. 3. 5. & sequent. h. tit.* *Stipulum* enim à *stipite* dictum est; quia firmum veteribus significabat. Itaque si quæras de hujus vocis conjugato, sive origine, à *stipite* & *stipulo* descendere dicendum est. Si de notatione ejus, hoc est, de nominis interpretatione (quod genus argumenti quoque etymologiam quidam vocant. *Eberhard. à Middelb. in loco ab etymolog.*) ideo est à *stipulo* stipulatio dicta, quia firmior est obligatio, & adstringendę obligationis causa introducta, *Cujac. in parat. C. h. t. Paul. d. lib.*

d.lib.sent.tit.7.Donel.ad Rub.& d.l.5.§.1.num.2.ff.h.t.Forcatul. d. dialog. 92. in fin. Nicolaus Mozzius de contractib. tit. de stipulatio.colum.1.num.1.& 2. † Contra hanc con- 3
clusionem plurimi disputant freti autoritate, quæ in linguæ latinæ proprietate tradenda censetur magna, M. Varronis *de lingua latina lib.4.* Hic à *stipe*, id est, modico ære, *l. ager 27. de verborum signif.* quod in eam deducitur, nomen accepisse asserit: *Hoc ipsum*, inquit, *stipendium à stipe dictum, quòd as quoque stipem dicebant. Nam quòd asses libræ pondo erant, qui acceperant majorem numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est, componebant, quo minus loci occuparet, à stipando stipem dicere cœperunt: stipare à στείβειν fortasse græco vocabulo: Id apparet, quod, ut aliàs, tum institutum, etiam nunc, diis cum thesaureis asses dant, stipem dicunt: & qui pecuniam alligant, stipulari & restipulari.* Hæc ille: qui juxta quorundam intellectum hoc dicit: *stipem* significare idem, quod æs; tum quia à *stipando stipem* appellamus; quòd veteres æreos nummos stipabant; tum quòd is, qui pecuniam sibi solenni interrogatione & responsione, hoc est, per stipulationem alligat, *stipulari ac restipulari* dicitur. Quod si verum est, oportet *stipulari* & *stipulationem*, & *restipulari* à *stipe*, non à *stipite* nomen habere: eamque sententiam sequitur Johan. Corasius *lib.1. miscel. cap. 25. num.8.* Deinde Mynsi. *in dict.§. 1. Instit.h.t.* autore Catelliano Cotta, ejusmodi utitur argumento: *Stipulum* in ea significatione, de qua Justinian. *in dict.§.1.* h.tit.non reperitur: Ergo à *stipulo* stipulationis nomen descendere nequit. † Ratio Enthymematis est; quia conjugata 4
ejusdem significationis & potentiæ cum primitivis oportet esse; & cùm notatio, ortum sit argu-

mentum non minùs, quàm conjugatum, *Ramus lib. 1. dialect. cap. 27. & 24.* primum illud, à quo ortum sit, in
5 tali significatione exsistere oportet. † Cui suffragatur & illud, quod vulgò ajunt, non credi referenti nisi de relato constet: *Auth. si quis in aliquo. C. de edend. ubi Jas. post Bald. Joseph. Mascard. de probat. volum. 2. conclus. 923.* Conjugatum autem & notatio referunt se ad aliud, nempe ad primitivum: Ut illud igitur extet, & quidem in tali significatione, qualem Justinian. apud veteres illi vocabulo fuisse asserit, necessariò probandum est: alioquin ne quidem Justiniano illud referenti credendum. Sed doceri non potest apud veteres, *stipulum* hanc habuisse significationem.
6 † Tertiò, ut conjugata & notationes subsistant, analogiam vocum ac rerum significatarum esse decet, autore Mynsing. Nulla autem analogia est inter stipitem & stipulationem: Quid enim commune habet truncus & stipes cum contractu, cujusmodi stipulatio est? A *stipite* igitur non est *stipulatio*. Quartò Mynsing. advocat in auxilium Alciati autoritatem *in Rub. h. tit. num. 24. & lib. 1. pareng. cap. 39.* qui maluit ἀπὸ τῦ στύπτω *in dict. §. 1. Instit. h. tit. legere*: quasi *stipulatio* deducta sit à Græco verbo στύφω. M. Varro *d. lib. 4. de lingua Latina*: *stipem* esse à *stipando*: *stipare* autem à στείβειν: ergo & *stipulationem* ἀπὸ τῦ στείβειν: & sic in Institutioni-
7 bus legendum. † Denique notationes illæ potissimùm commendantur, quæ certæ & ab omni dubio remotæ, *argum. l. fin. ubi gloss. ff. ad municipal. Bartol. ad Rubric. solut. matrimon.* alioqui, ut Galenus dicebat, Etymologia fallax testis est, & facilè nobis imponit, *argum. l. 2. & l. urbana 166. ff. de verborum significat.* Justinianus autem hæsitante sermone hanc Etymologiæ rationem *in dict. §. 1.* profert, ut satis evidenter ostendat

ostendit particula FORTE. † Cæterùm his nihil 8
obstantibus inhærendum est conjugationi sive derivationi, & notationi sive Etymologiæ à Paulo JCto, *dict. tit. 7. lib. 5. sent.* & à Justiniano *in dict. §. 1.* traditæ; viris profectò in re tam antiquissima & hominum memoriam excedente fide dignissimis: quibus quoque Festi Pompeii, Isidori & quorundam aliorum autoritas subscribit. Sed & ea potissimùm logica commendatur Etymologia, quæ à propriâ rei, quam nomen significat, formâ & fine quamminimùm recedit, *Eberhard. à Midelb. loc. 4. ab Etymol. num. 3. 5. 6. &c.* illudque nomen naturale censetur; *argum. l. 4. l. quod in rerum 24. §. 2. ff. de legat. 1.* & meritò præfertur illi notationi, quæ à subjecto contingente, vel ab adjuncto est. Testantur autem & Justinian. & Paulus JCtus, hoc nomen, *stipulum*, referre finem & proprium usum hujus contractus: ut vel ideò censeri debeat longè verior & firmior hæc Etymologia, qua & *stipulatio* à *stipulo* ducitur, & ideò deduci dicitur, quòd veteres solebant illud appellare *stipulum*, quod nos hodie firmum dicimus. *Appellatæ*, inquit Paulus, *sunt stipulationes, quòd per eas firmitas obligationum stringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt. dict. tit. 7. lib. 5. senten. & lib. 2. tit. 22.*

† Et Isidorus *lib. 5. Etymolog. cap. 24. Veteres*, inquit, 9
quando sibi aliquid promittebant, stipulum (alii legunt *stipulam*: sed nihil interest, cùm & *stipula* dicta sit, quasi *stipulus*, hoc est, tenuissimus & parvulus stipes) *tenentes frangebant, quem* (quam, alii) *iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant.* Sic enim ex hoc fracto stipulo, sive stipula, firmitas obligationis contractæ arguebatur apud veteres; quemadmodum hodie etiam nostros facere videmus stipulis

illis, quas vocant Kerbhölzer: quibus fissis incidunt notulas, ut iis rursum conjunctis & agnoscant spōsionem, ejusque firmitatem & quantitatem debiti admittant † Unde non ineptè Placen. *Stipulatio*, inquit, *quasi firma obligatio, sicut stipes dicitur.* Sive enim ab hoc veterum *stipulo facto* & rursum *conjuncto* cum Isidoro, sive à *stipite* humi defixo quolibet forti, ut *in l. granaria 18. de action. empt.* sive, qui olim defigebatur in agrorum confinio ad firmam finiū tutelam; de quo Ovid. Fastor. lib. 11. sic canit:

Termine, sive lapis, sive es defossus in agro
Stipes, ab antiquis tu quoq; nomen habes.

Sive etiam ab eo, cui argillâ vel cerâ superimpositâ figuli simulacra aut vasa, quæ fingunt, firmare solēt, ut Cujacio *in paratit. C. h. tit.* visum est, deductum dicamus nomen; semper analogia significationis cum ipsa re & voce consentiet. Ut enim stipes fortis humi firmiter defixus difficulter dimoveri potest: sic etiam stipulatio vinculum est vinculorum firmissimum, quod longè difficiliùs à nobis amovemus. Et stipes defixus in agrorum confinio, tantum firmitatis & securitatis habere putatur, ut inde sit nata fabula de Termino deo, qui Jovi concedere noluit, *Gellius lib. 12. cap. 6.* Figuli verò stipes, est quasi basis ac fundamentum firmandorum vasorum & imaginum. Eoque Festus Pompeius spectasse videtur, qui & aliâs hac in re verbum *firmare*, autore Cujacio, ad figulorum res retulit: idq; nobis manifestius esset, si injuriâ temporum locus ille, de stipulatione non æquè apud Paulum Diaconum, uti apud ipsum Festum Pompeium majore pro parte interiisset. Principem familiarum, & in cognationum computatione originem sanguinis,

stipi-

ſtipitem appellamus; quaſi ſanguinis illius baſin, fundamentum, firmamentum, & ſanguinis principem. † Non ergo obſtant argumenta diſſentien- 11
tium. Nam primum ex eo infirmatur: quòd autoritas autoritati oppoſita aut à fortiore vincitur, aut data paritate utrinque dilabitur. Etſi quidem Juſtinian. ſolus minoris eſt autoritatis, quo ad linguæ latinæ & proprietatem & puritatem, & fortaſſis in eo facilè à Varrone vinci poteſt: in hac tamen quæſtione non ſolius Juſtinia. utimur teſtimonio, ſed & autoritate Gaji, ex quo Juſtin. majore pro parte ſuas deſcripſit Inſtitutiones, & Pauli J Cti, d. t. 7. lib. 5. ſen. & Feſti Pompeii, & Iſidori. Cum itaq; major teſtimonii numerus autoritatisque vis pro hac concluſione noſtra certet: M. Varronis contrarium aſſerentis autoritatem, nunc facilè vileſcere patimur; quam aliâs ſi ſola ſit, nec contradictorem nacta, maximam cenſemus. † Deinde, dato, quòd M. Var- 12
ronis teſtimonio ſtandum ſit: non tamen ex eo neceſſariò colligetur, *ſtipulari* & *ſtipulationem*, nõ à *ſtipulo*, atq; ita à *ſtipite*, ſed ab alio aliquo vocabulo græco vel latino deduci. Non enim hoc intendit, ſed probare conatur *ſtipem* dici à *ſtipando*, hoc eſt, componendo, preſſiſſimè in exiguum cogendo, & conſtringendo: hoc duplici ratione probat: Prima eſt à notatione & conjugato ſimul: quia deductum ſit hoc nomen à *ſtipando*, quod eſt componere, & adſtringere: deinde à pecuniæ cautione ſive ab adjuncto, quia hanc *ſtipulari* & *reſtipulari*, hoc eſt, firma obligatione adſtringere ſolemus: ut vel hoc intuitu à *ſtipando*, id eſt, adſtringendo, & denſè componẽdo *ſtips* ſive *ſtipes* dicta videri poſſit. Alterum argumentum quo Mynſ. ex Catelliano Cotta utitur, eodem

JCtorum, Festi Pomp. Isidori, Justinia. testimonio repellitur. Etsi quidem in recentioribus latinæ linguæ autoribus, & quotquot veterum non periêre, nullum ejus significationis exemplũ occurrit: propterea tamen non firma consequentiæ ratio est, cur dici debeat, nunquam apud veteres *stipuli & stipitis* eã, quam Justin. Paulus, Festus proferunt, fuisse significationem. Quid si vetustissimorum, Corruncani, Ennii, Q. Fabii, L. Cincii, Porcii Catonis, Fabii Maximi, Valerii, Q. Mucii Scævolę patris & filii, Labeonis, Tuberonis & filii Calpurnii, & aliorum, quos laudant Pompon. *in l. 2. ff. de orig. jur.* Dionysius Halicarnasseus *de antiq. Roma.* & Livius, scripta omnia extarent? fortasse haud difficile esset Catelliano exẽpla ostendere. Sed quia temporum iniquitate perierunt: an propterea etiam periisse id censeri debet, quod res fuit, & rei veritas, quam Justinia. & Paulus perspicuè asserunt? Sincerior & modestię laude præstantior, Isidorus, qui Pauli, Justiniani & Festi testimonio tantum fidei tribuit, ut non dubitarit, hac in parte demonstratâ notationis ratione, de qua
13 suprà, in eorum sententiam apertè transire. † Quin & illud, quòd referenti non credatur, nisi de relato constet, verum est in his, quæ tam recenti memoria facta sunt, ut probabile sit, relatum adhuc extare: secus in antiquis & memoriam hominum excedentibus, in quibus sanè referens plenam habet fidem, tametsi de relato non constet. *Jaf. d. loc. ad auth. quas actiones. C. de SS. Eccles. Joseph. Mascard. dict. concl. 923. num. 7.* Tertiæ objectionis minor negatur. Sicuti enim illud quòd stipiti humi defixo alligatur, firmiùs sustinetur, quàm quod levi alicui stipulæ, vel arundini, aut virgulis: ita etiam firmiùs obstringitur, qui stipu-

stipulatione, quàm qui nudo pacto, vel infirmiore aliquo contractu, aut quasi-contractu obligatur, *dict. leg. 5. in princip. & §. 1. §. 2. h. t. l. 3. l. 7. ubi Dd. C. de rer. permutat. l. 4. l. 6. l. 9. l. ut responsum 15. C. de transact. Cujac. in paratit. C. h. tit. & ad Paul. lib. 5. senten. tit. 7. & lib. 2. titu. 22. in fin. Duaren. in præfat. ad hunc tit. Jas. hic ad Rubric. in Digest. Forcat. d. dialog. 72. in fin. Donel. ad dict. leg. 5. §. 1. num. 2. Sichard. ad Rubric. C. h. t.* Neque igitur analogiâ rei significatæ, neque ipsarum vocum caret: quid enim magis simile, si & literas & syllabas numeraveris, quàm hæ inter se sunt voces *stipes, stipulum, stipulatio, stipulari?* Non magis ovum ovo. † Ad quartum & quintum varia mihi suggeritur responsio. Primò certè odiosa est textuum emendatio, nulla ullius exemplaris, etiam vilissimi aut manuscripti, aut typis editi fide suffulta: Deinde color mendi omnis cessat: nam nulla ratio est, cur errorem in librarium transferamus, qui pro Græcis Latina idem significantia casu substituisset: Tertiò literarum ratio & analogia nullo modo respondet, quod & Donellus, & fortasse ante eum Forcat. *d. dialog. 72.* monuit: *stipulatio* & *stipulari* neque per diphthongum *ευ*, vel *αυ*, neque per *υ ψιλὸν*, neque per digamma *ϕ*, vel cum aspiratione unquam scriptum est: quod tamen necesse esset, si ad voces istas græcas origo referri deberet. Quin & in eo non invitus assentior Donello, qui *in dict. leg. 5. §. 1. num. 2.* contendit, *stipem* & verbum *stipare*, non ἀπὸ τῆς σύζειν, & à verbo σύφω descendere, sed à *stipite*, eadem ratione, qua *stipulum* & *stipulatio*. Nam quicquid Marcus Varro *dict. lib. 4. de lingua latina* dicat, magis hæc originis deductio respondet scriptioni, & ipsi significationi vocum: nec rarò Grammatici, & 14.

Festus Pompeius à Varrone discedunt. Quid igitur vetat, ut idem hac in parte quoq; nos faciamus? Postremum facilè removetur, tum quòd Justi. euphoniæ gratia sit ita locutus, tũ quod JCtis & Impp. inusitatum non sit, per hæc & similia verba sententiam suam minimè dubiam efferre, ne arrogantes & ambitiosi videantur. *Duar. ad l. existimo. h.t.* & quamvis timidè Justinian. utpote homo Græcus ex Gajo proposuisset: scrupulum tamen omnem nobis Julius Paulus JCtus exemisset, qui audacter & sine omni hæsitatione hanc conclusionis partem, intermissa particula, *fortè*, asseruit.

II. CONCLUSIO.

15 *ETsi† itaq; stipulatio, tum pro toto illo contractu, qui interrogatione & responsione fit; tum pro sola interrogatione ponitur, quandoq; etiam pro actu celebrandi: item pro obligatione, quæ ex stipulatione nascitur: illud tamen non sit propria ac nativa significandi vi, sed usus autoritate, & quòd à fine huic contractui nomen illud inditum sit.*

Per *d. §. 1. Instit. h.t. Paul. lib. 5. sent. tit. 7. & lib. 2. tit. 22. ubi Cujac. & in parat. Cod. Donel. ad d. l. 5. §. 1. num. 2. h.t.* Etenim, ut ex proximè dictis apparet, finis hujus contractus est, ut cæteræ obligationes firmentur & adstringantur. *Paul. dict. tit. 7. lib. 5. d. tit. 22. lib. 2. sent. Donel. post Bartol. & Jason. in dict. l. 5. in princip. vers. conventionales. §. 1. h.t.* ut si cubi obligatio & actio non esset civilis, ex stipulatu competeret, veluti si pactum sit conventum. *§. fin. lib. 2. sentent. Pauli tit. 22. de pact. inter virum & uxorem* & ut in negotiis bonæ fidei stri-

ſtricta competeret actio, ſi quis ea uti malit, *Cujac. ad l.1. in fin. h.t.* Ab hoc ſine huic contractui, qui interrogatione & reſponſione fit, illud nomen eſt inditum, nempe *ſtipulatio.* Etenim naturali vi ſignificandi & origine ſua, non ſignificat *interrogare*, non *reſpondere*, non *credere*, non *promittere*, nō *dicere* aliquid: hæc enim poſſent etiam in alios contractus cadere, & affectu fieri communia: ſed firmum eſſe, ut diximus, ſignificat, ſive (ita loqui liceat) *firmationem, adſtrictionem, alligationem* fortem & firmam, imò longè firmiorem: *per d. §. 1. Inſtit. h.t. d. §. fin. tit. 22. lib. 2. & lib. 5. tit. 7. ſenten. Paul. Donel. d. l. 5. §. 1. num. 2.* Cùm ergo hic finis & uſus hujus contractus, ſit, non partis, ſed totius illius conventionis; toti etiam contractui hoc nomen aptè datum eſt; *ut ſit in Rubr. C. h.t. tit. Inſtit. & C. de inutil. ſtipulat. tit. Digeſt. & Inſtit. de ſervor. ſtipulat. l. 2. l. 3. l. 5. l. 7. l. generaliter. l. ſcire debemus 29. l. in ſtipulationibus. l. interdum. l. ſeq. l. quod dicitur. h.t. l. 2. §. 1. ff. judic. ſolv. l. fin. de prato. ſtipulat.* † At dixeris, ſæpe de interrogatio- 16
ne, eaque ſola, tanquam hujus contractus parte, profertur. *ut in l. 1. l. 2. Cod. h.t. l. ſi ſtipulatus 81. ff. de ſolut.* Sæpe *ſtipulari* pro *interrogare:* nunquam autem *ſtipulari* pro eo, quod eſt *promittere:* imò ne tunc quidem, quando paſſivè profertur, veluti fit in *l. in bonæfidei 7. in fin. ff. de eo quod cert. loc. ſi tamen*, inquit Paulus, *certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit, hac actione utendum erit.* ait Paulus, *Quis ſtipulatus ſit*, pro eo, quod eſt, *interrogatus ſit.* Item, *in l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem. ff. de condict. indeb. ſi decem*, inquit Ulpian. *aut Stichum ſtipulatus, ſolvam quinque, quæritur an poſſim condicere? quæſtio* &c. Hîc *ſtipulatus ſum*, non ſignificat *promiſi*, ſed *interrogatus ſum.* Item *in l. 5. §. Imperator. ff. de ſolutionib. Et quis ſimpliciter ſolverit, quas omnino non erat ſtipulatus*; hoc eſt,

rogatus, ut promitteret. Et Gajus *lib. 2. Inst. tit. 9. §. sunt & aliæ. vers. aliæ personæ.* Aliæ personæ, si pro muliere, inquit, dotem marito promiserint, communi jure obligari debent; id est, ut & interrogatæ respondeant, & stipulatæ promittant. † Nam cùm verbum, *stipulari*, non sit deponens, sed commune, h. e. & activum & passivum, autore Prisciano lib. 5. oportet passivam ejus significationem, ejusdem, non diversi generis esse, cujus est activa. Hinc, inquam, dixeris, *stipulari* aut significare propriè *interrogare*, aut impropriè ad utramque hujus partem & interrogationem & responsionem simul significandam adhiberi, cùm responsionem per se non significet. Verùm hæc synecdoche partis, non tanquam principalis (ut Accurs. *ad l. 1. h. t.* voluit) neque tanquam propriæ significationis harum vocum, quasi *stipulari* propriè significet *interrogare*, & *stipulatio* idem quod est *interrogatio*, recepta est, ut malè vulgò plurimi credidêre: neq; etiam quasi *stipulatio* stipulantis, non promittentis causa concipiatur, ut malè Alciat. *lib. 2. paer. c. 17.* teste Don. *ad d. l. 5. §. stipulatio autem. n. 2. vers. nec quæremus anxiè. h. t.* Sed quòd hic contractus non aliter fiat, quàm interrogatione & respõsione: hæc autem non fit, nisi & illa intelligatur; nec illa obstringit interrogatum, nisi hæc subsequatur. *l. 1. l. 5. h. t. l. 1. C. eod. l. 1. C. de usur.* ut rectè Don. *d. l. 5. §. 1. n. 2. h. t.* docuit. † Atqui objecerit aliquis autoritatem Isidori *d. l. 5. Etymol. c. 24. Stipulatio*, inquit, *est quasi promissio vel sponsio; unde & promissores, stipulatores appellantur.* Etsi quidem hæc verba prima fronte videntur hoc velle, *stipulationem* significare nihil aliud, quàm promissionem, & stipulatores nihil aliud, quàm promissores: si tamẽ paulò altiùs quis inspexerit, facilè intellexerit, orationẽ esse

esse ellipticam, ac si dicat, stipulatio est, quasi promissionis pars, sive promissionis antecedens, & oppositum sive relatum: sive id, sine quo non contrahitur obligatio ex promissione & sponsione: unde & *promissores* dicuntur respectu *stipulatorum*. Cõjungit etiam hæc opposita vocabula per ὁ σωνύμενον, quæ oratio ideo ex affectione partium est resolvenda. Sic & illud Isidori lib. 10. accipiendum est; quando ait: *stipulator promissor: stipulari enim promittere est* (h.e. promittere habet illud oppositum relatum) *ex verbis jurisperitorum*. † Quare quoties *stipulatio* & *stipulari* ad 19
totum & integrum hoc negotium, quod interrogãdo, respondendoq; fit, refertur, puto, sermonem esse proprium: at quoties ad partem significãdam adhibetur, nempe interrogationem, uti fit in *l. 1. l. 3. C. h.t. l. quæro 54. §. inter. vers. quòd invicem de se stipulati sunt. ff. locat. l. stipulatio ista 38. l. cùm filiusfam. 49. §. in hac. §. seq. l. eum qui ita 56. in prin. §. qui ista stipulatur. l. hujusmodi 64. ff. h.t.* vel interrogationis illius conceptionem, ut fit in *l. 3. l. 8. l. 10. l. hujusmodi. l. stipulatio ista. l. inter stipulantem. §. 1. l. quæ extrinsecus. l. illa stipulatio. l. quoties. l. pluribus. h.t.* toties id non sine duplici tropo fieri arbitror: Nam & metonymia effecti pro causa est, & synecdoche. Metonymia ideo: quia stipulatio, non est isthæc interrogatio, sed per interrogationẽ efficitur: Synecdoche; q a nõ solâ interrogatione, sed accedẽte simul
respõsione cõtrahitur. † Porrò pro actu interrogãdi 20
respondendiq; eâdem metonymiâ usurpãt juris autores, veluti in *l. Labeo 19. de verb. signif. §. præterea. Inst. de inut. stipul. l. omnes. l. optimam. C. h.t. l. liber homo 118. §. decẽ. l. continuus 137. h.t.* Pro re in stipulationẽ deducta utũtur per metonymiam adjuncti pro subjecto: veluti in *l. 1. §. 1. vers. nam dies solutionis, sicuti summa, pars stipu-*

lationis est. ff. de edendo. Equidem neque dies, neque summa pars ipsius est contractus, sed illæ ipsæ res sunt, de quibus stipulatio exercetur, sive circa quas contractus ille versatur & occupatus est. Sic in *l. 1. §. habet autem stipulatio. ff. usufructuar. quemad. caveat*; res, appellantur causæ stipulationis, & illæ ipsæ causæ dicuntur *partes stipulationis*, sive ipsa *stipulatio*. Denique per metonymiam causæ pro effecto ponitur, quoties per stipulationem intelligimus, obligationem verborum stipulatione contractam, uti fit in *l. 3. ff. de fidejussoribus. l. inter artifices. §. quare. ff. de solution. l. pluribus 6. l. pluribus 9. ff. de acceptilat. l. stipulationes 72. l. seq. §. 1. & fin. l. ita stipulatus 115. §. item si quis ita. vers. & tam diu ex stipulatione non posse agi. ff. h. t. l. 13. Cod. h. t. l. 7. vers. sed & ipsa stipulatio condici poterit. ff. usufruct. quemad. caveat.* Atque hæc hactenus de significatione stipulationis: Sequitur definitio.

III. CONCLUSIO.

21 *EST † autem stipulatio nihil aliud, quàm contractus nominatus verborum, qui concepta de dando faciendóve aliquid interrogatione & responsione continua perficitur.*

Confirmatur hæc *stipulationis* definitio *per l. Labeo 19. cum ibi nota. ff. de verb. signif. l. 1. §. 1. l. 7. ff. de pact. l. 1. in prin. & §. verbis. l. 3. d. l. obligamur 52. l. in quibuscunque. ff. de action. & obligat. l. 1. l. 5. §. 1. l. si stipulor 35. §. fin. l. inter stipulantem 83. §. 1. l. continuus 137. h. t. §. de constituta. Instit. de action. §. 1. Inst. h. t. l. 1. Cod. de usur. Facit, quod scribit* Walter. *lib. 1. miscel. cap. 23. Ant. Fab. lib. 5. conject. cap. 10. Ant. Gomez. lib. 2. var. resol. cap. 9. num. 3. Bart. in l. 1. §. si quis simpliciter. l. 5. §. stipulatio autem. ibi. Donel. num. 3. Duar. Jas. Cujac. & alii. ff. h. t. Zas. ad d. l. 1. num. 1. & ad d. l. 5. §. 1. nu. 2. h. t. Cujac. in pa-*

parat. Dig. h.t. Constat genere, & quidem proximo, c formâ, sive propriâ differentiâ, quæ est in interogationis & responsionis fine ac conceptione. Legitima igitur est. Proximum genus est, ut ab eo exordiar, *contractus*, & quidem *nominatus*, neque *nominatus* tantùm; sed & *verborum*. Hæc igitur verba *contractus nominatus verborum*, genus stipulationis integrum pronunciant. † An autem sit contractus, & quidem 22
nominatus, *stipulatio*, controversia non caret. Contradicunt enim *Bart. Alciat. Johan. Brechæus & Fornerius ad d. l. Labeo 19. verb. actum. & verb. stipulatione. ff. de verb. signif. Jas. ad l. 5. num. 4. h.t.* moti autoritate. gloss. *ad §. conventionales. verb. rerum contrahendarum. Instit. de divis. stipulat. & in l. 2. ad verb. repellere. verb. nec obstat. C. de jure emphyt.* quæ negat stipulationem esse propriè contractum, *per d. l. Labeo 19.* sed potiùs quandam *verborum conceptionem*, ut à Pomponio *in d. l. 5. §. 1. h.t.* definitur: & disertè Fornerius: *Ergo*, inquit, *propriè non est contractus, sed verborum conceptio tantùm, ac formula certa contractibus apposita, l. 5. vers. conventionales. §. stipulatio autem. de verbo. obligat. quæ pactionum conventionumq; quibus adhæret, ingenium imitatur. l. 4. ff. de usur. l. si eum 10. §. qui injuriarum. ff. si quis caution. judic. sistend. Ex quo fit, ut stipulatio interdum nomine contractus appelletur, l. 1. ff. de pact. §. ult. Instit. de obligat.* Hæc si vera essent, malè stipulationi hoc genus, nempe, quòd *contractus* sit, & quidem *nominatus*, attribueremus. Si enim contractus non est, nisi impropriè, ne quidem nominatus erit: Et si impropriè *contractus* nomine appellatur, idque etiam interdum tantùm propterea, quòd pactionibus & conventionibus adhæreat, earumque ingenium imitetur: atque ita per metonymiam subjecti pro adjuncto, ne prorsus quidem contractus erit,

sed aliud quiddam à contractu disparatum, vel separatum; *contractus* scil. *adjunctum*. Ut igitur de veritate hujus definitionis constet, videdum est, quibus rationibus quibusque fundamentis gloss. *in d.l.2. & d.§.conventionales.* nec non Bartol. Alcia. Forne. & cæteri omnes (est enim communis opinio teste Nicolao Mozzio & Emanuele Soarez *in thesauro commu.opinio. verb. stipulatio. num.199.*) moveantur. † Moventur autem primò *per d.l. Labeo 19. de verb. signif.* Ubi Ulpianus *stipulationem* actum esse asserit: negat igitur, ex illorum sententia, contractum esse: proprium enim est omnium generum, ut invicem non confundantur, neque simul in eandem speciem coincidant, nisi genera sint summa & subalterna, quæ in individuo aliquo concurrunt. *Aristotel. libr. 4. Topico. cap. 2.* Atqui Ulpianus *in d.l. Labeo 19. actum, contractum, & gestum* diversa constituit genera: nequeunt igitur simul esse in eodem individuo: sed continuò ex eo, quo quid asseritur *actum* esse, negatur esse *contractum*, vel *gestum*: & viceversa. Secundò, cui non convenit definitio, illi nec definitum: Contractum Labeo definit *in d.l. Labeo 19. de verb. signif. ultrò citróque obligationem*, hoc est, conventionem ab utraque parte contrahentium producentem obligationem, & ex obligatione actionem, *per l. 3. vers. quin imò. ff. de condict. causa dat. l. 1. in fin. ff. de usur. l. 1. §. interdictum. ff. uti poss. ide. Alciat. & Brechæus in d.l. Labeo 19. vers. contractū.* Hanc enim vim & sententiam esse verborum, *ultrò citróque*, Grammaticorum autoritate, & usitatâ JCtorum loquendi formulâ in *d.l. 3. vers. quin imò. d.l. 1. in fin. d.l. 1. §. interdictum*: necnon exemplis ab ipso Labeone *in d. l. Labeo 19.* propositis se convincere posse censent. Ait enim ex Labeone Ulpianus *in d.l. Labeo 19. Contractum*

23

autem,

item, ultrò citroq; obligationem, quod Græci συναλλαγμα vocant, velut emptionem-venditionem, locationem-conductionem, societatem: has autem conventiones producere obligationes διπλάσιας, extra controversiam est. *Nicola. Mozz. de contract. tit. Secundus articulus tractat de contractib. in genere. num. 6. & tit. quartus articul. de divisio. contract. num. 4. Alciat. Brechæ. & Forner. post Bartol. in d. l. Labeo 19.* Stipulatio autem talis non est, hoc est, non parit obligationem διπλάσιαν, sed μονοπλάσιαν, *l.1. §. verbis. ff. de action. & obligat. d. l. obligamur 52. §. 1. ff. eod. l. 2. l. 5. h.t. §. 1. & pen. & ult. Instit. h.tit.* Hinc ergo *apparet*, inquit Alciatus, *stipulationem propriè contractum non esse, licet in ea tam reus credendi, quàm debendi dicatur:* cui etiam Brechæus subscribit, existimans in statutis, quæ secundùm propriam verborum significationem accipienda sunt, contractus nomine non venire, ut nec donationem, nec liberationem, nec pactum refutatorium: quibus omnibus & singulis stipulationem facit parem etiam Alciatus. Constat autem, donationem, pactum refutatorium, & ejus generis alia, revera contractus non esse, sed aut pacta legitima vel simplicia, aut liberatoria: *l.1. Cod. de pact. l.1. l.6. l.7. & ibi Dd. ff. de pact. l. sive apud. Cod. de transact. ubi Dd.* Tertiò nullum simile, inquit Jason, est idem, *ad l.5. n.4. h.t. per l. quod Nerva. ff. depos. & gloss. in c. sanctæ crucis. ext. de rescript.* Sed in *d. l. 5. ver. conventionales. h.t. & §. conventionales. Inst. de divis. stipul.* æquiparatur, inquit Jason, stipulatio contractibus, tũ quòd cõventione reorum fit, tum quòd super quacunque re fieri potest contractus, potest etiam fieri stipulatio: ergo stipulationem propriè non esse idẽ, quod contractus est, hoc est, non esse contractum, concludit. † Quartò *in l. 5. §. stipulatio. h.tit.* non defi- 24

nitur, inquiunt, *contractus*, sed *verborum conceptio*: Atqui *verborum conceptio* non est species contractus, alioquin actionum, exceptionum, bonorum possessionis interdictorum, juramentorum, sententiarum formulæ, quia verborum sint conceptiones, etiam contractus essent: quod est ἄδωατον: ergo stipulatio non est contractus. † Quintò contractus sunt facti, *l. consilio. ff. de curato. furios. prod. l. ex hoc. ff. de justi. & jur. Nicola. Mozz. tit. de orig. contract. num. 3. Æmil. Ferretus ad Rubr. h. t. num. 2.* & ideo nomina, non juris, sed facti, ab eo, quo contrahuntur, habent, veluti depositum à deponendo; *l. 1. ff. depos.* emptio-venditio ab actu vendendi emendique: mandatum ab actu mandandi. *Stipulationis* autem nomen non est facti, neque à facto interrogandi respondendique, sed à jure, nempe à firmitate ejus impositum. *Paul. lib. 5. senten. tit. 7. d. tit. 22. lib. 2. senten. in fin. §. 1. Inst. h. tit. Jas. ad Rubr. in fin. h. t. Bald. ad l. 1. colum. 7. Cod. de fide instrum. l. si unus 27. §. pactúsne. ff. de pact. quibus adde, quæ in 1. & 2. conclusione modò diximus.* Contractus igitur non erit: quia naturam & leges contractuum, quo ad nomen sum, fugit & respuit. † Denique in *l. sancimus. Cod. de verb. & rer. signif.* appellatur *cautio*, nec dignatur nomine *contractus*: quippe *cautio* aliud est, quàm ipse contractus, de quo vel per quem cavemus. Sic enim datis reis, vel pignoribus cavemus: *l. 1. l. 2. ff. qui satisda. cogun. l. 1. §. jubet. ff. de collation. l. 1. l. 2. ff. de prætor. stipul.* quandoque etiam nuda repromissione. *d. l. 1. d. l. 2. ff. de præto. stipula.* Nec tamen illa reorum vel pignorum datio videtur esse contractus: ideo nec repromissio. Instrumentum quoque *cautio* & *securitas* appellatur; *l. in contractibus. §. 1. Cod. de non numera. pecu.* nec tamen ipse est contractus securitatis. † Contrà plures alii

statuunt

statuunt, *stipulationem esse* cõtractum, & quidem propriè: *nempe Ant.o.Gubert.cap.8.libr.1. quæstion.juris.Cujac. ad l.1.& l.7.ff.de pact.Nicolaus Mozzius de contractib.tit.secund.titu.tractat. de contract.in gene.quid sit contract.num. 11.Gomez.tomo 2.variar.resolut.cap.9.num.3.* Nam initiò *ex §.fin.Instit.de obligat.& l.1.§.1.§.verbis.ff.de action.& oblig. l. certi 9.§.quoniam.ff.de reb.cred.l.1.l.2. ff.de novatio.* convincitur, quòd stipulatio inter contractuum genera refertur: idque confirmat non minus antecedens, quàm subsequens, tam in Pandect.& Instit. quàm in Cod. tractationis ordo. Deinde, non uno loco appellatur *contractus*, item *verborum contractus*, veluti in *l.1. vers.adeò.& in fin.ff.de pact.l.1. C.ut ab hered. & in hered.l. præposteri. Cod.de testamen.l.7. C.quod vi metúsve causa.l.contractus. C.de fide instrum. l.in contractibus. Cod.de non nume.pecun.l.prout quidq; 80.ff.de solutio.& Ulpian.in l.an inutilis 8. §.acceptum. ff.de acceptilat. Neque enim*, inquit, *potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.* Hìc manifestè *contractum* refertur ad *stipulationem.* Et Pompo. *in l.fin.ff.de servo.stipula. Quicquid*, inquit, *contraxit servus, dum nobis servit, etiamsi stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam: tamen nobis id acquisitum erit: quia potestas ejus tunc, cùm id contraheretur, nostra fuit: idque est, si filiusfam. contrahat.* & Ulpian. *in d.l.certi 9.§. numeravi.vers. quasi duobus contractibus. ff.si cert.peta.* Ubi mutuum utiliter contractum & stipulationem his verbis cõjungit: *quasi duobus*, inquit, *contractibus intervenientibus*, &c. Mutuum autem contractum esse plerique non negant *per §.1. Instituti. quibus modis re contra.* quanquam quibusdam quoque non propriè esse videatur. Adde *l.1. in prin. vers.contrahere possunt. §.cùm adjicit.vers.stipulatio contracta. §.si stipulatio contracta. §.si stipulanti. vers.non erit con-*

tracta. l. in conventionalibus 52. vers. contractui formam contrahentes. l. si filiusfam. 78. vers. quo contrahimus. & l. inter 73. inter stipulantem & promittentem negotium contrahitur, inquit Paulus *ff. h. tit l. optimam. vers. in multis enim contractibus. vers. cùm itaque. l. seq. Cod. h. tit. l. 3. vers. verborum obligatio contrahi C. de inutilib. stipula.* Neq; verò probabile est, tot locis JCtos & Impp. esse impropriè locutos: & *non-contractum* inter veros cõtractus retulisse. Conventionem esse omnes fatentur & fateri cogũtur *per l. 1. ver. adeo. ff. de pact. l. qui Rome 122. §. Flavius Hermes. vers. an nihilominus. l. si stipulor 35. in fin. h. t.*

28 † Omnis autem conventio, aut nudum est pactum, aut contractus. *d. l. 1. in fin. ll. seqq. l. 6. l. 7. ff. de pact.* Stipulatio autem nudum pactum non est: non enim in nudo ac solo consensu consistit, sed aliquid amplius habet, nempe *verborum conceptionem. d. l. 7. §. quod ferè. ff. de pact. Cuja. in d. l. 1. & l. 7. ff. eod l. debitores. vers. pacti. l. legem. ubi post Jason. & alios Sichard. C. eod. d. l. 1. §. verbis. ff. de acti. & obligat. & negotium. l. inter stipulantem 83. vers. negotium contrahitur. h. tit. l. 2. l. in quibuscunque 48. ff. de action. & obligat. d. l. 1. in fin. ff. de pact.* Contractus ergo est, & quidem propriè: Nisi enim propriè contractus sit, non erit contractus: sicuti monstrum, cùm propriè homo non sit, nec homo prorsus est: *l. non sunt liberi. de*

29 *statu homin. l. ostentum 38. ibi not at. de verb. signif.* † Non obstant illa quę à communi Dd. schola *ex d. l. Labeo 19. de verb. signif.* adferuntur. Nam, ut in *d. l. Labeo 19.* explicatione prolixè, Christo auspice, ostendã, nituntur falsa illius legis expositione. Ostendam autem beneficio inscriptionis hoc responsum delibatum esse ex Ulpiani commentario ad edictum prætoris, de minore restituendo, & partẽ esse *l. 7. de minoribus.* Est enim ex libro undecimo Ulpiani ad edictum, in

quo

quo libro maximè illa prætoris verba: *Quod cum minore*, inquit prætor, *quàm viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam*: exposuit: idque liquet *ex l.1.l.3. l.5.l.7. l.9.l.11. l.13. l.16. &c. de minorib.* Quid igitur *gestum* est? an aliqua inter *actum, gestum, contractum*, est differentia? cur maluit prætor in hoc edicto uti his verbis, *gestum est?* cur usus non est illis verbis *actum est? contractum est?* cur nõ cõjunxit, ut in edicto de capite minutis: *actum cõtractúmve?* Hunc nodum ut JCtus dissolveret, ostendit subtilẽ quandam esse quidem differẽtiam inter *actum, gestũ*, & *contractum*; ita ut alterum altero sit vocabulũ generalius, nec tamen cõtraria, vel diversa, aut summa & subalterna invicem genera constituant. Nam *actũ* quodlibet factum designat; sive verbis quid agatur, sive sine verbis, sive delinquatur, sive quid testando fiat; & ideo non minùs ea facta continet, quæ habẽt negotium, alles was zur parthierung/ kummerschaft vñ handthierung geschickt/ &c. hoc est, quæ contractus formam fovent, veram, vel quasi: ut in stipulatione, & negotiorum gestione, & numeratione mutui causa: quàm quæ nullum negotium habent; cujusmodi est nuda & simplex numeratio, itemque ea quæ solvendi animo peragitur. *Gestum*, generale quidem nomen est, ut & pacta, necnon liberationes, item veros & quasi contractus, & res judiciales & manumissiones &c. complectatur, *d. l. 7. &c. de minorib.* allerley verhandlung vnd außrichtung/ non tamen actum testandi, & delictum. *l. verba 20. de verb. signif.* *Contractum* autem utroque verbo est specialius, quia non solùm non cõprehendit quælibet pacta & conventiones, sed nec manumissiones, nec res judicatas, nec appellationes, nec liberationes: saltem signi-

ficat conventiones ultro citroque, hoc est, negotium, sive causam negotiandi habentes. *juxta l.1.in fin. l.6.l.7.ff.de pact.* quod genus conventionis Græci appellant συνάλλαγμα, hoc est, conventionem quæ commercium habet; sive illud sit μονόπλευρον, sive δίπλευρον: utrumq; enim est *ultrò citroq;*, hoc est, negotium & causa utrinque contrahendi. Sic verba illa interpretanda esse didici *ex l. servus 19. ff. manda. §.2. Instit. de obligat. quæ ex quasi contract. quibus adde l.6.§. rationem. ff. de edend. l.7. ff. de pact.* Sic interpretatur Nicolaus Mozzius *de contractibus. tit. secund. artic. tractat. de contractib. in gene. quid sit contract. num.10.* docens verbum *ultrò citroque* non conjungendum cum verb. *obligationem*, ut sensus sit, *ultrò citroque obligationem parere:* sed ad *conventionem*, sive *consensum*, tanquam ad genus subintellectum referendum, ac si dicas, *contractum esse* (subaudi conventionem) *ultrò citroque factam, eo fine, ut inde sit efficax obligatio.* Nec ignotum est, hæc verba *ultrò citroque*, plures peculiares interpretationes in Jure nostro admittere, *ut & Rebuffus in d. l. Labeo 19. vers. ultrò citroque. & Schardius & Hottom. & quidam alii lexicographi probant.* & quis ignorat *ultrò* significare, sponte; *citrò*, vicissim, ex altera parte? *l. fideicommissa 11. §. cùm esset. de legat. 3.* item hinc inde, huc illuc? Retentâ igitur hac etiam communi & vulgari significatione, si rectè *d.l. Labeo 19. vers. contractum.* exaudias & interpungas, nihil aliud significabunt tibi hæc verba, quàm illud ipsum, quod propriè in contractibus spectamus, quod amplius in contractibus esse dicimus, quàm est in pactis nudis; nempe tractatum hinc inde & sponte, eo animo, ut ex tali tractatu sit obligatio, habitum, quem & negotium & causam vocamus: Is enim propriè contractus

est,

est, qui conventione consistit, non solâ, sed negotium sive causam obligandi, sive negotiandi habente, *d. l. 7. de pact. l. si in area. ff. de condict. indeb. l. solent. l. si tibi polienda. l. rogasti. ff. de præscript. verb. l. 1. §. 1. ff. de rer. permu. l. 1. ff. de æstima. actio.* welches eine handlung/ parthierung vnd kummerschaft auf: vnd an sich traget / quod negotium, sive quæ causa conveniendo fit ultrò citroque, h.e. utrinque hoc animo, hac mente, hoc fine, ut tale & tale, non aliud, commercii sit negotium. Itaque dico, Ulpianum ex Labeone eo loci docere plura: primò cur prætor in hoc edicto de minorib. non sit usus his verbis, *actum esse dicetur*: essent enim nimis lata & nimis generalia: quippe neque adversus testamenta sua minores restituit prætor, *per d. l. verba 20. cum ibi nota. de verb. signif.* neque adversus delicta. *tit. Cod. si adverf. delict. l. si ex causa 9. §. nunc videndum. l. auxilium. ff. de minorib.* In edicto igitur de capite minutis hac generaliore voce usus est, quia etsi non restituat adversus delicta prætor; actionem tamen ex maleficio contractam restituit. Sed nec in edicto de minoribus huic restitutioni locus est. *Contractum esse*, ideo prætor uti noluit in hoc edicto, quia hæc verba naturâ suâ essent strictiora, quàm prætor beneficium esse voluit. Nam & hereditatum repudiationes, & appellationes, & res judicatas, & liberationes, & manumissiones comprehendere voluit, ut ex *d. l. 7. l. 9. l. 10. l. 11. & tot. tit. ff. & C. de minorib. notum est.* Cùm itaque *gestum* hæc omnia contineat, sive pacta sint, sive contractus, sive manumissiones, vel liberationes, sive res judicatæ, vel non defensæ, &c. nec tamẽ adeò generale sit, ut & delicta & testamenta propriè contineat, maluit hac voce prętor in hoc edicto uti. Ex quo consequens est: posse unum

idemque factum diverso respectu & *actum* & *gestum* & *contractum* dici: ut ita appareat, hæc verba se inter sese non habere tanquam genus & speciem; neque tanquam diversa genera secundùm idem, ad idem, eodem modo; sed secũdùm idem ad diversos respectus, diverso modo: & illud est, quod primò nos docuit Ulpianus ex Labeone *in d. l. Labeo 19.* Secundò Ulpianus *in d.l. Labeo 19.* nos docet, quæ sit vera contractus definitio. Etenim docet, quòd *contractus sit nihil aliud quàm conventio ultrò citróque facta*, hoc est, hinc inde agitatum negotium, sive causam commercii continens, producẽs obligationem. Etsi verò verba JCti sunt obscura, quia sunt imperfecta, & ex antecedentibus per exauditionem supplenda: tamen rectè explicata, ut modò ex annotationibus *ad d. l. Labeo 19.* explicavimus, non possunt non veram contractus definitionem nobis ostendere: ut ita falsum sit, veram & generalem contractus definitionẽ neque *in d.l. Labeo 19.* neque alibi in Jure nostro extare. Imò verò hîc *in d l. Labeo 19. vers. contractum.* extat: & cur hactenus id communis Dd. negaverit Schola, non nisi in causa fuit ejus definitionis defectus, sed mala illius ℣. *contractũ.* & interpretatio, & interpunctio: Non enim verba *ultrò citróque* erant connectẽda cum verbo, *obligationem*; sed cum iis, quæ ex præcedentibus erant exaudienda. † Tertiò docet nos Ulpianus ex Labeone, omne conventionis genus, quod Græci συνάλλαγμα vocant, contractum censeri: igitur & stipulationem, & mutuum, & depositum, & commodatum, & literarum obligationẽ, & dotis dictionem, & si quæ ejus generis aliæ conventiones aliquid amplius, quàm nudam pactionẽ habentes, sint; contractus appellatione propriè contineri:

neri: Nam Græci hac voce utuntur de quavis conventione, quæ causam sive negotium obligandi habet, quæ hoc animo ex utraq; fit parte, ut ex negotio, ex causa illa sit ac proficiscatur obligatio, sive ea sit utrinq; obligatoria, sive ex una tantùm parte, *per l.7.de pact. Aristot.lib,5.ad Nicomach.Ethic. cap.2.3.4.5. &c.* Quin etiam autore Budæo συναλλαγμα est à verbo συναλλάττω, id est, contraho, & commercii causa paciscor, sive muto, sive permuto: & συναλλαγμα nihil aliud significat, quàm conventionem commercii causam habentem, sive illa fiat dando, ut mutuum & permutatio; sive consentiendo, ut emptio-venditio, vel quocunq; alio modo: adeò ut & contractus do ut des, item do ut facias, συναλλαγμα esse affirmetur *in l.7.ff.de pact.* tametsi certũ sit, si tibi dedi ut facias, te mihi tantùm hoc contractu obligatum fieri, non vicissim me tibi; atq; ita esse contractum μονόπλευρον *d.l.7.de pact.d.l.5.§.at cùm do.ff.de præscript.verb.* qualis etiam est, si tibi dedi, ut tu vicissim des: Nullam enim tu adversus me ex hoc negotio actionem habes; sed ego adversus te ago præscriptis verbis, aut condictione ob causam non secutam. *d.l.5.§.1.l.1.ff.de rer.permuta.* Itaque vel solum illud verbum Græcum συναλλαγμα, *in d.l.Labeo 19.vers.contractum.* probat, stipulationem esse contractum, & verba sic esse exaudienda, ut suprà & *in d.l.Labeo 19.* exposuimus: non ut vulgò accipiunt. Quæ cùm ita sint, facilis est refutatio argumentorum, quæ in contrariam partem attulerunt. † Nam cùm constet, *actum, gestum, contractum,* se non habere invicem, ut opposita genera, sed tanquam diversas, aut sanè disparatas factorum qualitates, ut ita eidem diverso modo, & diverso respectu simul attribui possint: primum argumen- 31

tum huc nihil facere, perspicuum est: & neganda est minor: quippe non sequitur; *Stipulatio eo respectu, quòd actus aliquis sit, nec aliter quàm actu aliquo interrogandi & respondendi continuo expediatur, actus rectè & solùm dicitur: Ergo non est contractus:* Quia alio respectu ille idem actus stipulandi, contractus est; nempe quatenus est conventio; item quatenus est *ultrò citroque*, quatenus negotium & causam commercii habet. Nam & alio respectu *gestum* dici potest: quippe inter stipulantem & promittentem, actum illum interrogandi respondendique celebrantes, aliquid gestum est, es ist etwas zwischen jhnen verhandelt oder verrichtet / nempe ut hoc tractatu habito, negotium conficerent. Sic in emptione-venditione & *actum* & *contractum* & *gestum* dici potest: *Actum*, quia hoc agebant, hoc faciebant emptor & venditor, ut de ea re inter eos negotium conveniret: *Gestum* est; quia ita tractatum est & expeditum hoc negotium: *Contractum* est, quia hoc animo convenit inter eos, ut illo precio ista res sit empta-vēdita: quemadmodum prolixè *in d. l. Labeo 19.* declaravi. Falsum itaque est, quod assumebatur, *actum*, *contractum*, *gestum* non posse simul esse in uno eodemque individuo: falsum, quòd continuò ex eo, quo quid asseritur, actum esse, negetur cōtractum, vel gestum: alioquin fateri cogeremur, nec emptionem-venditionē cōtractum esse; quia & *actum* rectè appellamus. *l. sed Celsus 6. §. 1. vers. in emptis enim & venditis potius id, quod actum. vers. apparet hoc duntaxat actum esse. l. cùm in lege 33. vers. quid acti sit. ff. de contrah. emptio.* & *gestum dicimus. l. quod sæpe 35. §. si quis amico. in fin. ff. eod.* Deinde, etsi, ut diversa genera, *actum, gestum, contractum, in d. l. Labeo 19.* Ulpianus ex Labeone proposuisset, non tamen

propterea

propterea fateri oporteret, minorem esse veram. Etenim totus in eo est, ut ostendat, generalius esse verbum, *Agere*, & *actum* esse, quia comprehendat sub se & *gestum*, & *contractum*, & *nudum factum*: atque ita quoq; stipulationem, emptionem-venditionem, societatem, numerationem, negotiorum gestionem, factum eundi agendiq;. † Ad secundam ob- 32
jectionem respondetur, niti eam corruptâ *d.l. Labeo 19.* expositione: cùm illa verba *ultrò citroq;* malè referantur ad *obligationem*, quæ conjungi debebant cum genere subintellecto, quod est *conventio*, sive *actus*, qui conveniendo expeditur: & verb. *obligationem* exaudiri oporteat, q.d. *obligationem pariens*, sive *conficiens*. Itaque etsi non negemus Grammaticorum & JCtorum usum, quo verba illa *ultrò citroq;* interpretantur, & usurpant pro eo, quod est, *utrinq;*, hinc inde, ab utraq; parte: tamen & plures habere in Jure significationes dicimus; & necessariò *ex d.l. Labeo 19.* illud sequi, hunc solum propriè contractum esse, qui utrinq; parit obligationem, suprà negavimus; verba illa *ultrò citroq;*, non esse conjungenda cum voce *obligationem*, contendentes. † Quæ amplifi- 33
cando huic argumento, quasi per consectarium, ex Alciato & Brechæo subjunguntur, qui stipulationẽ donationi, liberationi, pacto refutatorio, & ejus generis aliis, parem facere conantur; propositâ cõtractus verâ definitione *ex d. l. Labeo 19.* infirmantur, quippe quæ malè ex falsis antecedentibus inferuntur. Etenim donatio etsi conventio est, non tamen habet negotium sive causam obligandi, h.e. non est talis conventio, quæ in commercio consistat: quæ mercimonii causam habeat, & negotiandi formam: es ist keine handlung / dardurch man parthierung vnd

34 kummerschafft treibet. † Contractus enim commutando & permutando, & mercando, similibusque commerciorũ actibus peraguntur ac perficiuntur: indeq; apud Græcos συναλλάγματα, apud Latinos contractus appellantur, quasi contra aliud mercimonium vicissim, h. e. vice alterius mercimonii, aliud in idem placitum trahatur: *per ea quæ Brecheus & Alciat. in d. l. Labeo 19. & Nicol. Mozz. de contract. tit. primus artic. unde dicatur. n. 13. & seqq. tit. secundus artic. tract. de cõtract. in genere, quid sit contr. per tot. & tot. t. tertius artic. de orig. contract.* Adeò commercii causam cõtractus habere oportet, ut sine illa planè non sint contractus, sed aut nuda placita, aut vagi sermones, quos in jure nõ attendimus *per l. 1. l. 7. ff. de pact. l. 1. §. 1. ff. de rer. permu. l. 1. ff. de æstim. actio. l. 1. leg. 5. l. solent 15. l rogasti. ff. de præscrip. verb.* Faciunt quæ latè tractant Nicola. Mozz. *in d. tit. tertius articul. de orig. contract. & Dd. in l. ut responsum. C. de*

35 *transact. l. 1. l. 2. ff. eod. l. prout quidq; 80. ff. de solut.* † Facit inductio omnium contractuum & conventionum. Exempli gratia: Si tecũ paciscar de tuo fundo Corneliano cum meis ædibus permutando: quia hoc pactum nihil commercii habet, neq; cõmercii causam: sed tantùm commutationis negotio viam quasi præparat: idcoq; si neq; ego tibi ædes, neq; tu mihi fundum permutandi causa tradas, nudum erit pactum; quia nudũ est ab hac mercimonii, sive negotii conficiendi causâ, re non secutâ, *d. l. 1. ff. de rer. permu. Andr. Tiraq. de retract. convent. §. fin. nu. 44.* At quamprimùm ego tibi ædes, vel tu mihi fundum tuũ tradideris, jam tandem erit non nuda pactio, sed causam commercii habens: & ideo contractus, *d. l. 1. ff de rer. permu. l. 5. §. 1. ff. de præscr. verb. d. l. 5. de pact.* Quod si quidem inter nos de iis rebus permutandis actum est,

sed

sed non placuit neq; convenit; nudus censetur sermo, qui neq; pactum sit, neq; contractus.† Sic si te- 36
cum paciscar, ut decem, quos domi habeo, depositi accipias: hactenus nuda est pactio, ut fidei servandæ causa à me decem oblatos accipias: quòd si non offeram, inanis sermonũ tractatio censetur, ein schlechter vnd bloser vorschlag. *Bart. ad l. singularia. de reb. credit. si cer. pet. & l. 7. de pact. Andr. Tiraq. d. §. fin. de ver. conven. nũ. 44.* Contractus igitur ita demum erit, si commercii illius ipsum negotium, sive causa, de qua sermo inter nos fuit, reverà peragatur & perficiatur: peragi autem nõ potest, nisi rei traditione. *§. præterea. Inst. quib. mod. re contrah. l. 1. ff. depos.* quia non aliter hoc negotium perficitur. Et quis ignorat in mutuo, in deposito, in cõmodato, in pignore, in faciendo nomine, in fidejubendo, in promittendo, in emendo-vẽdendo, locando-conducendo, mandando, re vel lucro per societatem communicando, item dando vel faciendo, ut vicissim quid detur, vel fiat: quis, inquã, ignorat? aut negare ausus est? aliquid in his amplius versari, quàm nudum placitum? nempe causam obligandi, non quamlibet; sed negotiandi, & commercium habendi, quam propterea etiam negotiũ appellamus? *d. l. 7. de pact. d. l. 1. de æstim. action. d. l. 1. l. 5. solent. l. proinde. d. l. rogasti. ff. de præscript. verb. toto lib. 3. Institut. à tit. 13. vsque ad fin. Dd. in dict. leg. 7. ff. de pact.* † At- 37
qui donatio commercii causam non habet, schencken vnd begaben / ist keine parthierung oder kummerschaft / vil weniger ein handel / cùm non fiat negotii faciendi animo, nec mercimonii gratia; sed ut liberalitas exerceatur, *leg. 1. l. donari. ff. de donat.* adeò ut qui donat, dicatur perdere. *l. filiusfamil. ff. eod.* † Igitur 38
contractus non est, sed nudum pactum: adeò, ut si

ob causam fiat; cùm jam non sit mera liberalitas, sed causam negotii alicujus habeat; non etiam amplius propriè appelletur donatio, sed transeat in aliquam speciem, aut innominati, do ut des; do ut facias, vel facio ut des; *veluti tot. titul. C. de donat. quæ sub modo vel cond. d. l. 7. de pact. dict. leg. 5. l. 7. l. ob eam 9. l. solent 15. de præscript. verb.* aut nominati alicujus contractus, cujusmodi est donatio propter nuptias. *leg. fin. C. de donat. ante nupt. §. est & aliud. Inst. de donat.* vel si deducatur in stipulationem. *l. qui ex donatione 12. l. qui id quòd 33. de donatio.* aut denique speciem aliquam ultimæ voluntatis recipiat, puta, si mortis causa donemus. *§. 1. Institut. de donat. tot. tit. ff. & Cod. de mort. caus. donat.*

39 *dict. leg. 1. ff. de donat.* † At dixeris, ex Constitutione D. Justiniani hodie parit obligationem & actionem. *l. si quis argentum 25. §. pen. C. de donat. §. perficiuntur. Institut. de donat.* Verùm non propterea causam commercii habere cœpit, sed adhuc nudum est, & mansit de donando pactum, lege confirmatum idcoque legitimum, *l. 6. ff. de pactis*, non producens vi sua actionem, sed legis beneficio. *d. l. 6. ubi Cujac. Nicola. Mozz. de contract. titul. de orig. contract. num. 21. & 32.* Multum ergo à donatione stipulatio differt, utpote quæ nudum pactum non est, sed causam commercii habet, & negotiandi animo fit non minùs, quàm emptio-venditio, depositum, literarum obligatio, mandatum &c. etiam eo casu, quo stipulatio de donando interponitur: quippe jam ampliùs non mera est liberalitas, sed causam commercii assumit, dũ pactum donandi in stipulationem deducitur, *d. l. 1.*

40 *dict. leg. qui id quod. ff. de donat.* † Sic pactum refutatorium, & quæcunque alia liberatio, contractus non est; quia non habet causam negotiandi, sed potiùs

tiùs eam causam tollere & impedire nititur. *l. ab emptione ff. de pact. d. l. 7. §. adeò. ff. eod. §. fin. Institut. quib. mod. tolli. obligat.* Malè igitur cum ejusmodi pacto confertur stipulatio, utpote quæ amplius aliquid habet, *ut Cujac. in leg. 1. & l. 2. ff. de pact. loquitur*, & planè in diversam speciem transit. † Ad tertium argumentum respondeo: imò verum quidem est, cùm in comparatis ad minimum res duas esse oporteat diversis substantiis existentes, non posse eas unum idemque esse individuum: Nec tamen ideo sequitur, utramque rem collatam, non posse species esse, vel saltem specialissimas, ejusdem generis. Rectè enim canem cum catulo, hœdos cum capris, & Mantuam cum Roma comparo, uti fecit Virgilius *1. Bucolic.* rectè te maledicum cum Busiride, & rursum Busiridem cum Phalaride compono, ut fecit Ovid. *3. Tristium.* Sicuti autem propter maledici vel Phalaridis comparationem cum Busiride, negare non licet, utrumque esse hominem; neque Mantua species civitatis esse propterea negatur, quia cum *Româ* cõfertur; neq; catulus propterea ex genere canum eximitur, quia cum canibus matribus comparatur: sic nec ex eo, quòd stipulatio cum aliis contractibus comparatur, consequens est, eam propterea contractum, sive ex contractuum genere nõ esse. Talis autem est illa Jasonis collatio inter stipulationem & cæteros contractus instituta, qualis est canis cum catulo, urbis cum urbe, hominis Stichi cum homine Pamphilo, equi cum equo, hoc est, species ejusdem generis inter se conferuntur. Et cũ illa omnia, quibus stipulationem, vel parem, vel similem facit cæteris cõtractibus, in quibusdam quoque majorem; omnia illa, inquam, sint omnibus 41

contractibus communia; propter hanc communem generis affectionem, evidenter efficitur, stipulationem esse contractum, utpote cui genus illud CONTRACTUS sit essentiale æquè, ut cæteris est contractuum speciebus, per ea quę Aristot. *lib. 4. cap.* 42 *1. & 2. Topic.* docet. † Ad quartum respondetur negando minorem: Non enim ex remotione unius generis inducitur remotio generis alterius: Non etiam propterea aliquid negatur animal esse; quia homo non sit: quia ratione non utatur: cùm plura sint animalia. Sic etiam etsi quædam verborum conceptiones, non sunt contractus, non tamen sequitur, 43 prorsus nullas esse ex genere contractuum. † Deinde, stipulatio non quatenus verborum conceptio, sed conventio est, species contractus perhibetur. Reliquę autem formulę ac conceptiones verborum quia conventionem non habent, neq; commercii causam: ideoq; etiam contractus non sunt. Patet er- 44 go hoc argumentum esse à non causa ut causa. † Ad quintum venio: Imò contra, non minus stipulatio, quàm quilibet alius contractus, facti est, *per d. l. ex hoc jure. ff. de justit. & jur.* quo ad initium & contrahendi actum. *Jas. in dict. leg. 5. hoc tit.* Nam eo respectu contractus facti dicuntur. *dict. l. consilio. Nicola. Mozz. d. tit. de origin. contract. num. 3.* Deinde qualitas nominis, uti formam rerum non constituit, sed rem tantùm ἐπιϛῶς demonstrat mente & intellectu percipiendam: *Bald. ad Rubric. C. de verbor. significat. Constan. Roger. de juris interpret quæst. 2. princ. num. 1. l. certum est. ubi interpp. ff. de reb. cred. si cert. petat.* ita nec speciem à suo genere excludit, neque includit continuò. Sic enim *homo* ab *humo* dictus est; cùm tamen alia animalia, vel à natura & inclinatione suâ, sive à sagacitate,

aut

aut similitudine, vel ab accidente aliquo nomina acceperint: neque tamen propter hanc diuersam nominum originem, qualitatem & affectionem, homo negatur animalis species; nec ullum aliud animal. † Præterea emptio-venditio, depositum, 45
mutuum, pignus, ita nomina à facto habent, ut denotent factum, non quodlibet, sed juris: imò non tam factum ipsum, quàm quod in illo facto spectatur; nempe finem exprimunt, veluti in mutui nomine, ut de meo tuum fiat. *leg. 2. de reb. cred. si certa.* in depositio, ut custodiæ causa res sit posita. *leg. 1. ff. depos.* Idem est in stipulatione: hæc enim à fine, ut firmiter adstringat, nomen habet. † Et summatim res, 46
non nominum origine, sed formis suis discernuntur: neque nominibus suis illud sunt, quod sunt, sed propriis differentiis, quæ nominibus indicantur, & ordine distinguuntur: Quippe nomina sunt rerum notæ, non causæ res constituentes. *Bald. in l. si non convicii. C. de injur. leg. 3. leg. 7. ff. de supelle. lega. l. liberorum. §. quod tamen. ff. de leg. 3. l. litera. ff. de excusat. tuto. l. non figura. ff. de action. & obligatio.* † Postremum in- 47
eptum est. Nam quis negat, pignus esse contractum? Convincitur esse *ex §. fin. Institut. quib. mod. re contrah. obligat. leg. 1. l. 4. leg. 6. ff. de pignor.* attamen à fine & effectu suo, *cautio* dicitur: quia præstat securitatem. *d. fin. §. leg. 5. ff. de pignor. dict. leg. 1. §. jubet. ff. de collatio.* Sic si à fidejussore stipuler, ut mihi cautum sit: quis propter hunc specialem finem dixerit, istam stipulationem, non esse stipulationem, proinde nec contractum? Refutatur *per leg. 1. ff. qui satisdar. cogunt. l. blanditur 12. C. de fidejussor.* Metonymiam igitur effecti esse, quis non intelligit, quando stipulatio appellatur *cautio?* Etenim, ut nobis magis cau-

tum sit; ideo interponitur; & quia nobis cavet, igi-
48 tur *cautio* appellatur. † Hactenus ergò demonstravi, stipulationem verè ac propriè esse contractum: restat videre an *contractus* sit *nominatus*? Difficultas ex eo nascitur, quòd nullibi definitur, qui contractus sint nominati, qui innominati; nisi quòd alibi hoc exemplis declaratur; veluti *in leg. 1. in fin. & l. 7. ubi Bartol. Bald. Jas. Castrens. ex veteribus: ex neotericis obiter Duaren. Fortunius, Garcias, ff. de pact. l. 1. l. 2. l. 5. l. 6. l. 8. l. 9. leg.*
49 *rogasti. ff. de præscript. verb.* † Equidem Bart. *in l. sive apud. num. 20. 21. 22. Cod. de transaction.* quem interpp. sequuntur, duas nominatorum & innominatorum notas constituit: primò nominatos esse contractus, qui minimè generis sui nomine contenti, speciale insuper nomen assumunt: innominatos, contra. Sic enim mutuum, depositum, commodatum, pignus, societas, emptio-venditio &c. speciale habent contractus nomen, à fine suo assumptum, nec subsistunt in sola generis appellatione: Contra, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, contra-
† ctus æstimatorius, *de quibus in l. 5. & tot. tit. ff. de præscrip. verb. l. 1. ff. de æstima. actio. leg. 1. ff. de rer. permutat.* nullum speciale contractus nomen habent, sed in periphrasi sui generis acquiescunt: cui etiam subscribit Nicolaus Mozz. *de contract. tit. de divis. contract. num. 9. & seqq. Gomezz. tom. 7. variar. resolutio. cap. 8. per tot.* Secundò contractus nominatos habere certos ac determinatos fines: veluti, in emptione-venditione, ut emptor precium, venditor rem promittat ac præstet: in locatione-conductione, ut alter operam vel rem, alter mercedem exhibeat: in depositò, ut depositor rem custodiæ causa tradat, depositarius accipiat; & ita deinceps: innominatus contrà, certos ac determina-

minatos fines non habere; sed confusâ & indigestâ generis sui formâ plerunque contentos esse: nam, quandoque idem dat & recipit: idem & facit, & fieri sibi curat. *arg. l. 2. l. si super. d. l. sive apud. C. de transact. l. 1. de rer. permu. l. 1. l. 5. l. 9. de præscrip. verb.* Et hanc quoque notam amplectitur Alexander, & plurimi alii.

† Utramque notam & ego sequor, ita tamen, ut 50
conjunctim eas adesse oportere dicam, & per *certos* ac *determinatos fines* intelligam propriam ac specialem formam. Itaque is contractus, innominatus est, cui alterutrum abest; aut proprium nomen, aut propria ac specifica differentia. Sic enim permutatio innominatus est contractus, item æstimatoria conventio. *§. actionum. vers. præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit. Instit. de action. juncta l. 1. & ll. seqq. ff. de præscript. verb.* qua docetur tum locum esse actioni præscriptis verbis, quando proprium nomen invenire non possumus negotii illius, quod cõvenit: *cui adstipulatur l. 1. ff. de æstimat. actio. l. 5. ff. de præscript. verb. leg. 7. ff. ibi. Dd. de pact.*

† Æstimatoria equidem, innominata est conven- 51
tio, quia proprio nomine caret, etiamsi forma magis videatur esse specialis, quàm est in contractu, do ut des. *dict. leg. 1. de æstima. action.* Permutatio autem ideo, quia etsi videatur nomen esse elegans & proprium illius facti, *dict. leg. 1. de rer. permut. l. 1. de contrah. empt.* tamen formam minimè habet propriam, sed planè confusam & indigestam, ac omninò eandem cum suo genere, do ut des. *dict. leg. 1. dict. l. 5. §. 1. de præscrip. verb.* ut rectè docuit, & Accursium *ad. l. 1. versic. nomen. de rer. permu. & in leg. 1. in fin. C. eod.* nec non Bartol. *num. 6.* Jasonem *num. 8. ad leg. 2. si cert. petat. Gomezium d. cap. 8. num. 5. in fin. tom. 2. variar. resolut.* Accursii

assecias egregiè refutavit Emmanuel Soarez *in additionib. ad Gomez. in d. cap. 8. ad vers. quando res certa consistens in specie. secutus Zasium num. 28. Alciat. num. 23. ad dict. l. si cert. pet. at. Arium Pinel. ad Rubric. Cod. de rescind. vendit. part. 2. cap. 1. numer. 10. Johann. Coras. lib. 2. miscella. capit. 15.* Imò verò, nihil aliud est, quàm ille ipse contractus, do ut des; sive genus cum genere, sive speciem cum alio genere, sive speciem cum specie permutaveris. *dict. leg. 5. §. 1. de præscript. verb. l. pen. C. de rer. permu. dict. leg. 1. eod. §. item precium. ibi Franc. Hottom. Instit. de emptio. & vendit.* Addunt plerique duas alias notas contractuum nominatorum & innominatorum: nempe pœnitentiam, & perfectionem ex ipsa conventione. *Bartol. & Bald. ad l. 7. de pact.* Contendunt enim in contractibus innominatis licere regulariter pœnitere, excepta transactione, vel si subdita sit stipulatio. *l. ex rerum. C. de rer. permut. l. 3. §. idem erit. l. 5. ff. de condict. caus. dat. l. quamvis. C. de transact.* secus in contractibus nominatis. *l. incommodato 17. §. sicut. ff. commod. l. sicut. C. de action. & obligat. l. Labeo scribit. ff. de contrahen. empt. l. ea conditione. C. de rescinden. vendit.* quam etiam differentiam sequitur Anton. Gomez. *dict. cap. 8. tom. 2. variar. resolut.* & ea præcipuè à Johann. Corasio *lib. 1. miscell. cap. 23.* urgetur. Deinde etiam ex eo discerni ajunt, quòd natura sit nominatorum contractuũ, ut quamprimùm in esse producti fuerint, id est, perfecti, & conventione constituti; ex iis detur actio: ex innominatis non detur, nisi secuto implemento *per d. l. sive apud acta. ubi Salyc. C. de trans-*
52 *act. Bartol. Bald. Fort. Garci. ad dict. leg. 7. de pact.* †His ita ex communi schola propositis, circa stipulationem dubium facere videbatur: primò, quòd *in l. conventionialibus 52. hoctit.* responsum est, in stipulationibus

con-

conventionalibus contractui formam dare contrahentes. Ex quo Cujac: *Conventionales*, inquit, *quæ à Græcis συναλλαγικὰ dicuntur, certam formam, sive legem non habent: mutatur namque earum forma reorum arbitrio.* Unde consequens videtur, quemadmodum propter indigestam, incertam, confusam, & minimè determinatos terminos habentem formam permutatio, non est contractus nominatus; sic nec stipulationem esse. Deinde etsi pœnitentia in stipulatione non datur, sæpissimè tamen ex eâ agi non potest, quam primũ est in esse producta, sed exspectandum est, ut vel aliquo facto, aut non facto; vel dato, committatur; §. *omnis. & seqq. §. fin. Institu. h. t. l. magnam. C. hoc tit. l. 8. l. 9. l. 113. & c. h. t. ut infrà suo loco prolixius.* Denique aliqua stipulatio est incerta, *l. ubi autem hoc tit. Corasius dict. cap. 23. lib. 1. miscella.* At quæ conventio incerta est, non habet certos ac determinatos, sed planè incertos & indeterminatos fines: Videtur igitur iis casibus ex Bartoli doctrina non esse contractus nominatus. Quod si aliquando non est, certè nunquam, nec reverà est nominatus contractus. Certissimum enim argumentum est, non esse rem aliquam ejus generis, si aliqua parte non recipiat totum illius generis: quippe oportet genus esse speciebus essentiale, *P. Ramus lib. 1. dialect. c. 27.* † Cæterùm his non obstantibus, verissimum à Zas. *num. 1. ad l. 1. h. t.* Alciat. *num. 28. in Rub. h. t.* Cujac. & aliis *ad l. 1. & 7. de pact.* perhibetur, stipulationem esse contractũ nominatum: quia & formam habet propriam, ut infrà apparebit: & proprium habet nomen. *l. 1. in fin. de pact. l. 1. in princ. & §. verbis. de action. & oblig.* quod & ordo docet in Inst. Non enim J Ctus *in d. l. in conventionalib⁹ 52. h. t.* & Cujac. *ibi.* agunt de propria & in- 53

terna, sed externa & extrinsecus accedente forma: *ut inf. in c. 3. 4. prolixiùs excutietur.* Deinde quod ad alterum dubium attinet, omninò adstipulor Corasio *lib. 1. miscella. cap. 23.* existimanti, non eam esse veram & substantialem differentiam nominatorum & innominatorum contractuum; quòd illi quamprimùm in esse producti sunt, pariant actionem: hi nō nisi aliquo facto, vel dato, aut remisso secuto. Etenim si id ita esset, neque emptio-venditio, neque locatio-conductio, neq; societas, neque ullus alius contractus conditionem habens, vel ex certo die incipiens, posset nominatus videri *per. l. obligationum ferè. de action. & obligat. l. cedere diem. de verbor. significat.* Imò nullus esset contractus, qui re fit, nominatus: quod planè est à vero alienum. Imò quamprimùm contractus do ut des, vel facio ut des, in esse producitur, paratam habet actionem præscriptis verbis, *ut rectè Fortun. Garcias ad d. l. 7. nu. 9. per ill. text. l. 5. de præscrip. verb.* In esse autem non aliter producitur, quàm per unius implementum: prinsquam enim illud pactionem sequatur, non contractus, sed nudum pactum est, *per leg. solent 15. de præscrip. verb.* Non igitur postremam illam, à quibusdam traditam differentiam admitto, nec veram arbitror. Sed nec alteram illam, quam à pœnitentia sumunt, verā credo: Regula enim generalis est de omni omnino contractu: ea, quæ initiò sunt voluntatis, postea fieri necessitatis, cùm semel ritè rectéque placuerunt: *dict. leg. sicut.* Quòd autem interdum, & quidem tantùm ex parte actoris, qui implevit contractum innominatum, pœnitere licet; id commune habent contractus innominati cum quibusdam nominatis; veluti, cum societate, *§. manet. Institut. de socie. l. 1. commun. divid. cum*

man-

mandato. §. rectè. Instit. de mand. cum depositō, *l. 1. §. pen. depos.* & quibusdam aliis, quibus naturâ suâ facultas pœnitendi inest. Itaque, cùm secundum illud dubium, sit à non causa, ut causa, non obstat. † Postremum nititur autoritate Corasii *in dict. cap. 23. lib. 1. miscella.* qui sanè totis viribus contendit, utramque ex Bartolo primo loco, *num. 49. & 50.* suprà traditam differentiam, præsertim verò secundam, evertere. Plura in medium adducit: & quidem primò: si ideò aliquis, inquit, contractus est nominatus, quia elegans nomen & quidem proprium habet: ergo & permutatio & transactio nominatus est contractus; quod utrumque tamen Bartol. & Dd. negant: Aut igitur falsa est hæc differentia, aut fateri cogentur Dd. & permutationem & transactionem esse contractus nominatos. Secundò: si propterea aliquis est nominatus, quia specialius genere suo nomen & formam assumit; utique etiam permutatio & transactio nominati erunt: quia specialius habent & nomen & formam, quàm eorum genus, quod est conventio. *l. 7. de pact. l. 1. l. 2. de transactio.* Ergo aut hoc fateantur, consequens aut antecedens esse falsum. Tertiò, si nominati contractus certos habent ac determinatos fines, innominati contrà: neque societas, in qua interdum certa pecunia, vel omnia bona, interdùm hinc res illinc operæ ponuntur, *l. 1. l. societas. l. coiri. l. cum duobus. §. si in coëunda. pro soc.* neque stipulatio, quæ interdum certa, interdum incerta est, *l. stipulationum 74. l. seqq. hoc tit.* nec semper præcisam habet ejus, quod promissum est, præstationem, sed satis est illud, quod interest, præstari. *l. stipulationes non. dict. leg. ubi autem. l. si insulam. hoc titu. §. pen. & ult. Instit. h. t.* quod plerumque est incertum. *d. §.* 54

pen. l. fin. de prato. stipula. neque, si qui ejus generis alii, erunt nominati, sed innominati contractus: Aut igitur si hoc consequens falsum fatentur, falsum quoque agnoscant antecedens: aut hoc posterius concedant; societatem scilicet, & incerti stipulationem & depositum, contractus esse innominatos. Hæc ille. Sed ego existimo his minimè Bartoli doctrinam de verâ nominatorum & innominatorum differentiâ suprà *nu. 49. & 50.* propositâ oppugnari. Nam ut dixi, utramque illam differentiæ notam copulatè requiri, non disjunctim: & ideò permutationem, nominatum non esse contractum: Transactionem propterea non esse, quia ne quidem contractus sit, sed nudum pactum. *l. 1. l. 2. de transact. l. ut re-*
55 *sponsum. l. Age. C. eod.* † Deinde Bartolus, quando docet, hunc esse nominatum contractum, qui non consistit in generis sui & nomine & formâ; sed utrumque amplius & specialius assumit: non per *genus* intelligit genus remotum, *conventionem* scilicet, sed genus proximum, quod est, ut suprà *ex l. Labeo 19. de verbor. signific. l. 1. l. 7. de pact.* eliciebatur, *Contractus* sive συνάλλαγμα. Ludit ergo Corasius in voce *Generis* homonymia, & fallit ἀπὸ τὸ σχῆμα τῆς λέξεως. Sic & eundem elenchum tertio loco committit, ac præterea etiam fallaciam compositionis ac divisionis. Non enim Bartolus, ut suprà dixi, per certos ac determinatos fines intelligit, vel rem aut factum, quæ in contractus deducuntur, vel eorum adjuncta; sed propriam, determinatam, ac specialem formam, ut exempla ab ipsomet Bartolo prosita evincunt. Cùm itaque tertia illa objectio ex Corasii contradictoriis atque præsuppositis pendeat, quæ falsa & præter Bartoli mentem: meritò

dici-

dicimus, nec illam objectionem impedimento esse, quin rectè concludamus, stipulationem *nominatum* esse *contractum*, juxta *d.l.1.in fin.& l.7.de pact. Zas. ad l.1. num.1.h.tit.* Alciat. *ad Rubr.h.t. num.28.* † Esse tandem 56
contractum verborum, sive qui verbis perficitur, ex procemio notum fit,& ex *§.fin.Instit.de oblig.§.1.Instit. h.t.l.1.h.t.d.l.1.in prin.& §.verbis.d.l.obligamur de action.& obliga.* Sicut enim contractus qui re fiunt, hoc commune habent,ut non alio perficiantur modo,quàm rei traditione. *tot.tit.Institut.quibus mod.re contrah. oblig.* qui consensu fieri dicuntur, non aliter quàm speciali illo consensu perfectionem suam& in esse productionem accipiant: *tit. Instit. de oblig. ex consens.* uti etiam literarum contractus, sive nomen (ita enim olim appellabatur, nec inconvenienter adhuc hodie dici posset: *tit. Institut.de literar. obligat. l. in contractibus.C.de numer. pecun. Steph. Eorcat. Necyom. dialog. 98.* licet ita Justinian.appellare noluit, ne quis arbitraretur, antiquam nominis faciendi formam & usum durare: quæ utraque interpolauit *per d. l. in contractibus.& l.contractus.C. de fide instrumen. dict.tit. Institut. de litera. obligat.*) hoc proprium habet, ut solummodo literis,sive cheirographo peragatur. *dict. tit. Institut. de litera.obligat.* eadem planè ratione, contractus verborum hoc commune quidem inter se, respectu verò aliorum contractum, puta qui re, vel consensu aut literis fiunt, proprium habent, ut non aliter,quàm verbis lingua figuratis fiant. *dict. leg.1.§. verbis.l.2.l.3.dict.leg:obligamur 52.de actio.& obligat. dict.l. 1.l.2.l.126.§.Chrysogonus h.t.d.§.fin. Institut. de obligat.l.3. omnes. C. hoc tit.l.3.C. de inutilit. stipulat. l.2.in fin. de reb. cred.si cert.petat.* Proprium ergo & magis proximum genus *stipulationis* est,quòd sit *cõtractus* quidem *nomi-*

natus, sed *verborum*: sive *qui verbis perficitur. Anton. Gomezius tom. 2. variar. resolut. cap. 9. num. 3.* Atque hæc hactenus de stipulationis genere. Quia autem plures sunt contractus verborum, qui non aliter quàm verbis perfici queunt, nimirum jusjurandum liberti, & dotis dictio, uti in proœmio demonstratum est *ex Gajo lib. 2. Instit. tit. 9. Ulpian. in fragmen. tit. 6. l. & per jusjurandum 13. de acceptilat. juncta leg. 8. §. acceptum. & similibus.* † Propria igitur differentia, sive forma, qua ab his etiam verborum contractibus specialiter differt, necessariò his verbis annectitur: *qui* (scilicet contractus verborum) *conceptâ de dando faciendóve aliquid interrogatione & responsione continua perficitur.* Etsi verbis hic contractus perficitur, non minus, quàm dotis olim dictio, & hodie liberti jusjurandum: *Gajus dict. tit. 9. Ulpian. dict. tit. 6. l. ut jurisjurandi. 7. de oper. libert.* modo tamen & formâ verborum prorsus differt ab utroque: sicuti rursum eo genere, quod duntaxat verbis fit, à cæteris omnibus contractibus, sub hoc genus minimè cadentibus discernitur. Modus autem ille, sive forma verborum consistit in *conceptione* non qualibet, sed *interrogationis* ac *responsionis*, non cujuslibet, sed *de dando faciendóve.* In hac enim conceptione propriam ac specialem stipulationis formam consistere testantur Donel. *num. 3.* Jas. *num. 3. & 4.* Bartol. *nu. 2.* Duaren. Alciat. Zas. *ad leg. 5. §. stipulatio autem. hoc tit. Interpp. ad §. 1. Instit. h. t.* Nicola. Mozzius *de stipulatio. colum. 1. num. 12. 13. 14.* Anton. Gomez. *dict. cap. 9. tomo 2. variar. resolut. num. 5.* Anton. Fab. *lib. 5. conjectu. cap. 10.* Johan. Sichard. *ad Rubric. C. hoc tit.* Probatur primò *per dict. leg. 5. §. stipulatio autem.* quo loco Pomponius describit stipulationis formam, quòd sit *conceptio*

57

verbo-

verborum, quibus interrogatur & respondetur de aliquo dãdo faciendóve: Et ut Paulus *lib.2. senten. tit.3. Stipulatio,* inquit, *est verborum conceptio, ad quam quis interrogatus respondit; veluti, Spondes? spondeo: Dabis? dabo: promittis? promitto: Fidei tuæ erit? Fidei meæ erit.* Secundò probatur *per d.§.1.Institut.h.t. Verbis,* inquit Justinianus, *contrahitur ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fierive nobis stipulamur.* Non enim aliter nobis nos stipulari arguit, quàm si verba interrogando respondendoque intercedant eo animo, ut ex iis sit promissor obligatus ad dandum faciendúmve. Probatur idem *per l.1. §.verbis. & §§. seqq. de action & obligat. item per l.1. in princip. & §.1. §.seq. §. fin. d.l.5. in princ. l. inter stipulantem.h.t.l.1.l.3.l.omnes.Cod.h.t.l.3.C.de inutil.stipulat.§.praterea. Institut. de inutil. stipulat.* Non igitur sola interrogatione, non sola responsione hic verborum cõtractus perficitur, sed utroque loquente, utrisque his conjunctis, interrogatione scil. & responsione. *d.l.1.in pri.§.1.§.seq. h.t. d.§.praterea.l.7.§.quod ferè.de pact. l.1. §.eum qui.de constit. pecun.* eoque differt à juramento liberti, & dotis dictione, ut ex procœmio constat. Probatur denique inductione. † Formæ namque 58
rerum consistunt propriè in perfectione. *l.5.§.opere.l. ædificia 139.§.perfecisse.cum ibi notat.de verbo.signifi.l.vestimentum 22.de aur.arg.lega. l.qui insulam. §.qui eadem.locat. conduct. l.Julianus. §.2. ad exhiben. l.is qui. §.quædam ad L. Falcid. l.pen. Cod. de his quibus ut indign.* & perfectio cujusq; rei ipsa forma est, *Julius Scaliger de subtil. ad Cardan.exercitat.6.sect.5.* & ut idem Scaliger *exercit.106.sect. 2.* Cujusque, inquit, rei essentia est indivisibilis: essentia verò sola, perfectio est. Hanc perfectionem sic absolutam in animatis ἐντελέχειαν, in cæteris rebus plerunque ἀποτέλεσμα, h.e. ad finem suum per-

ductum ἔργον, sive effectum omni sua parte absolutum, completum, & perfectum opus vocamus. *d.l.5. §.opere.* ibi annota. Et Aristoteli τὸ τὶ ἦν εἶναι, & τελείωσις eadem ratione dicitur. Etenim ἕνεκα τέλος ἐστιν, finem & officium operis arguit: τέλος verò ipsam τελείωσιν, atque ita operis perfectionem, *d. l. vestimentum 22. de auro arg. leg. d.l. ædificia. §. perfecisse. d.l.5. §. opere. d.l. pen. d.l. Julianus. §.2.* Ideoque nullum certius, nullum firmius est argumentum ad demonstrandum rei alicujus formam, & formalem perfectionem, quàm quod à fine suscipitur. *d.l. ædificia. §. perfecisse. d.l. 5. §. opere. cum ibi nota.* Nequeunt quippe separari finis & forma; aut finitum à formato: neutrum sine altero existit, *d.l.5. §. opere. d.l. ædificia. §. perfecisse. d.l. Julianus. §.2. d.l. vestimentum 22.* adeò, ut forma & finis, nisi diversis respectibus & causarum motibus, vix sæpe discerni queant: & iisdem plerumq; verbis significentur ac demonstrentur. Quinimò, ex formæ destructione finis destructio arguitur, & vice versa. *Scalig. d. exerci. 6. sect. 12.* & é contra ut Curt. *ad l.2. nu. 59. de jurisd. omni. jud.* Arius Pinel. *ad l.1. part.2. num.53. C. de bon. matern.* ajunt, forma rei consistit in consummatione finis. *l. si is qui quadringenta. §. quadam. ad L. Falcid. l. 5. §. fin. de V.S.* exemplo sint omnes propè artium definitiones, omnes aliarum rerum definitiones. Sic, cùm dialectica definitur, ars bene differendi: à fine suo ita definitur: & hac finis denominatione forma ejus indicatur: quia differimus inveniendo & judicando: ex utriusq; igitur partis copulatione perficitur dialectica, quia & finis ejus ex coagulatione utriusq;, non alterutra constat. Sic Grammatica à fine suo proprio definitur, ars bene loquendi: Bene autem loquimur ita demũ, si & Etymologiam & Syntaxin

xim in quavis lingua ritè rectéq; obſervaverimus:
s enim partibus conſtat & abſolvitur Grammati-
; his partibus conjunctim perficitur: Ergo in his
iam partibus forma integra Grammaticæ conſi-
t, & ab illa perfectione, ab hoc fine rectè Gram-
aticam definimus: quoniam nũquam meliùs po-
iſſemus formam ejus repræſentare.† Itaq; contra- 60
tus omnes etiam ab eo, quo perficiũtur, h.e. à fine,
rimùm generaliore, in quatuor generales formas,
ve ſpecies ſubalternas diſtinguũtur, ut alii ſint, qui
e, alii qui verbis, alii qui literis, alii deniq; qui con-
enſu fiunt. Deinde in ſingulis illis generibus ſingu-
e ſpecies ſpecialiſſimę à proprio fine inter ſe diſcer-
untur: veluti contractus, qui re fiunt, cenſentur eſ-
e *mutuum, depoſitum, commodatum, pignus* &c. qui con-
enſu, *emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, ſo-
ietas* &c. † Mutui finis eſt proprius, ut de meo tu- 61
m fiat, ita tamen, ut non idem, ſed tantumdem mi-
i aliquando reddatur. *l. 2. l. 3. de reb. credit. ſi cert.* Mu-
uum ergo ab hoc ſpeciali ac proprio ſuo fine; quia
n eo ſubſtantia ejus conſiſtit, & ex eo formæ perfe-
ctionem habet; definitur, quòd ſit contractus re-
um nominatus, qui, quantitate hoc animo data, ut
eadem, non in eâdem, ſed ejusdem generis ſpecie
reddatur, perficitur: *l. 2. §. 1. §. appellata. §. credita. ubi Dd.
de reb. cred. ſi cert. §. 1. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Com-
modati finis eſt, non ut de meo tuum fiat, neque ut
tantundem reddatur; ſed, ut re meâ certo modo ac
conditione gratis utaris. *§. item is cui. Inſtit. quib. mod. re
contr.* Definitur igitur ab hoc fine, in quo ejus τε-
λείωσις, ſive perfectio & τὸ εἶναι eſt, quòd ſit contra-
ctus rerum nominatus, qui re certi ac definiti uſus
gratuiti cauſa perficit. *d. §. is cui.* Depoſiti finis eſt cu-

ſtodia, *l. 1. depoſ.* & tota ejus eſſentia in cuſtodiendo conſiſtit. *§. præterea. Inſt. quib. mod. re cont.* definitur ergo contractus, qui re gratuitæ cuſtodiæ cauſa tradita perficitur. *d. §. præterea.* & pignus, contractus, qui re ſecuritatis cauſa data perficitur. *§. fin. Inſtit. eod. l. 9. §. 1. l. ſolutum 11. de pigne. actio.* Sic emptio-venditio à fine ſuo proprio definitur: quòd ſit contractus, qui conſenſu de merce ac precio perficitur. *§. 1. §. precium. Inſtit. de emptione & vend. l. ab emptione. ff. de pact.* Locatio-conductio, qui conſenſu de re vel facto & mercede præſtanda perficitur. *§. 1. & ſeqq. Inſtitut. de locat. cond.* Mandatum, qui conſenſu de negotio aliquo alicujus gratis gerendo perficitur, *tit. Inſtit. de mand. l. 1. l. 2. l. 3. & c. ff. eod.* Societas, qui conſenſu de lucro & damno ex re honeſta proveniente communicando perficitur, *§. 1. & ſeqq. Inſtitut. de ſocie. l. 1. §. 1. l. 5. §. 1. l. 7. & ſeqq. l. 11. l. 12. l. ſi non 29. & c. ff. eod.* Literarum obligatio eſt contractus, qui literis confeſſionem acceptæ pecuniæ habentibus perficitur. *tit. Inſtit. de liter. obligat.* Eſt enim & contractus, & ex contractu obligatio, atque actio, quamprimùm talis confeſſio emiſſa eſt: neque biennio jam pridem elapſo incipit eſſe contractus, ut malè Duaren. & quidam alii credidêre. *per tit. Inſtit. de litera. oblig. & l. in contractibus. Cod. de non nume. pecun.* alioqui aliquo caſu tempus eſſet modus inducendæ ac conſtituendæ obligationis, contrà quàm reſponſum eſt *in l. obligationum. ff. de action. & obligation.* neque dici deberet obligatio literarum, ſed temporis, ſive biennii. Cùm itaque literarum dicatur, ex ipſis literis ut ſit, neceſſe eſt. *argumento l. 1. in prin. & §. verbis. l. 2. l. 3. de action. & obligat. l. 3. l. 7. de ſupellect. lega.* quippe *cõvenient rebus nomina ſæpe ſuis.* † Quod autem de biennio *in d. tit. Inſtit. de litera. oblig.* habetur, ad ex-

exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ huic
ntractui, *obligationi literarum*, opponi potest, refer-
debet, non ad formam, finem & essentiam con-
ctus. † Porrò, contractus do ut des, definiri po- 63
st, quòd sit contractus innominatus, qui re datâ
c animo, ut vicissim alia res detur, perficitur. *l.5.*
.de præscr.verb.l.1. de rer.permut. Do ut facias, qui rei
aditione, ut quid vicissim fiat, perficitur. Facio ut
s, qui facti præstatione, ut vicissim quid detur,
rficitur. Facio ut facias, qui facti præstatione, ut
cissim quid fiat, perficitur. *d.l.5. §.2. §.3. §§. seqq.de*
escr.verb. † Quemadmodum ergo omnes ac singu- 64
contractus à proprio fine, utpote in quo forma
ngulorum quasi latet, definiuntur: sic & stipulatio
hoc eodem definiri debuit. Communem qui-
em hunc finem habet cum dotis dictione, & jura-
ento liberti donum, munus, operas patrono ju-
ntis, ut verbis perficiatur, nec ullo alio modo,
àm verbis fiat: at finis singulorum singularis est.
nis dictionis dotis est, ut nuncupatione dotis sit
nfecta: veluti apud Terent. Chremes *in Andria Act.*
Scen.4.

——— *Dos*, inquit, *Pamphile est*
Decem talenta. Pam. *Accipio.*

risjurandi finis est, ut hac religiosa assertione sit
ligatus libertus patrono: igitur definitur contra-
us, qui religiosa assertione de dando faciendoque,
no, munere, operâ perficitur. *d.l. ut jurisjurandi. 7.*
per. libert. Finis autem stipulationis, non est so-
nis dictio, neque religiosa assertio, sed interro-
io & responsio: ideo enim peragitur, ut continuâ
interrogatione & responsione negotium perfi-
tur, ut ex responsione ad interrogationem factâ

promissor obligetur. *d.l.1.§.verbis.d.§.1.Instit.h.tit. d.§. præterea. Instit. de inutil. stipula. d.l.1. in prin. & §. qui præsens. l.5.§.1.l.continuus.h.tit.l.omnes. Cod.h.tit.l.3. Cod. de inutil. Eguina. Baro ad §.1.Instit.h.t.d.l.35.§.fin.h.t.l.7.§.quod ferè. de pact.l.1.§. eum qui de constit. pecun. Anton. Fab. libr.5. conject. cap.10. vers. cùm enim pactum. Borcholt de pact. cap.6. nu.2.* Itaque in hoc fine, & hac finis perfectione con-
65 sistit ejus forma: & ex eo definiri debuit. † Quin imò quo unumquodq; à quolibet alio verè ac propriè differt, id ejus forma est, vel certè formæ vice fungitur: quia cùm formæ nomen rarissimè, quò ἀκριβῶς possit exprimi, propter vocum inopiam, & rei difficultatem atque obscuritatem, extet, *juxta l.2. L.4. de præscript. verb.* per periphrasin plerunq; describitur, ac quasi per certissimum ac infallibilem indicem demonstratur: *arg.l. certum est 6. de reb. cred. si cert. peta.* Atqui nullum est pactum, nullus alius contractus, etiamsi sit, qui verbis fiat, in quo ad ejus perfectionem necessariò requiratur concepta interrogatio atque responsio. Igitur his ipsis formam stipu-
66 lationis satis ἀκριβῶς demonstrari, certum est. † Quamvis quoque verba non minus literis, quàm voce figurantur, & figurata obligant, *l. non figura. de action. & obligat.* tamen aut literæ illæ tantùm de negotio contracto testantur, & ita contractum non constituunt nec pars ejus (nisi ex pactione. *d. l. contractus*) sunt, *l. contractus. C. de fide instru.* aut si sint, ipse contractus, ut in *l. in contractibus. C. de non num. pecun. tit. Inst. de liter. oblig.* literarum illarum perfectio non est in interrogatione & responsione per scripturam facta, sed ex scripturæ confectione ejusque consignatione, ut modò hunc contractum definiebamus
67 *ex tit. Inst. de lite. oblig. & d.l. in contractibus.* †. Quamvis

etiam

iam pactum ita fieri possit per interrogationem & sponsionem; *spondes? spondeo: promittis? promitto. l. 7. §. quod ferè. ff. de pact.* tamen cùm illud careat negotio, & commercii causâ, nec cõtractus sit; proinde nec stipulatio erit, nec talem habebit interrogationem & responsionem, qualis est istâ, qua stipulamur. Caret enim ista pactionis interrogatio & respõsio fine suo proprio, h. e. ut ex interrogatione & responsione sit negotium contractum, & obligatio nata, sed ut de animo paciscentis constet. *d. l. 7. §. quod ferè. l. 1. §. eum qui. ff. de constitu. pecun.* proprius quippe finis pacti non est, ut interrogatione & responsione, sed nudo placito perficiatur. *l. 1. de pact.* nec aliud in eo spectatur, quàm placitum, quàm consensus in idem placitum. *l. 1. de pact.* Itaque consequens est, primò rectè docuisse Anton. Fabrum *libr. 5. conject. cap. 10.* Dn. Herma. Vultej. *cap. 39. lib. 1. Jurisprud. mihi fol. 184. 185.* & Borcholtum *de pact. cap. 6. num. 2.* pactum & stipulationem conceptis verbis facta inter se differre animo convenientium: h. e. fine & intentione eorum, qui ita conveniunt. Nam ii, qui paciscí voluerunt, nullo alio animo interrogatione & responsione utebantur, quàm ut, quod placeret, tantum exprimerent. *d. l. 1. l. 2. l. 3. d. l. 7. §. quod ferè. de pact.* hoc est, perfectio conventionis illius spectatur in solo placito, non in conceptione verborum, non in solennitate interrogationis & responsionis. *d. l. 1. §. eum qui. d. l. 7. §. quod ferè. & ibi Dd.* Qui verò stipulare volebant, illo animo sese interrogabant, & respondebant, ut ex hac solenni tantùm verborum conceptione contractus perfectio existeret: ut non solo placito, sed hac ipsâ interrogatione & responsione esset obligatio, & in eâ ipsâ negotii substantiâ

consisteret. *d.l.7.§.quod ferè. Borcholt. de pact. cap.6.nu.2.*

68 † Secundò, hinc est, ut semper, quoties scriptum dictumque est, *spondes? spondeo: promittis? promitto,* præsumatur stipulatio, nisi de animo convenientium secus appareat, quòd noluerũt stipulari, sed solummodo paciſci. *d.l.7. §. quòd ferè.* Unde probatio ejus, quòd non stipulandi sed paciſcendi gratiâ, quæstio & respõsio interceſſerint, incumbit illi, qui pactum, non stipulationem esse contractam, asserit. *d. l. 7. §. quòd ferè. cum ibi notatis à Bartol. Angel. Castrenſi, Jason. nu. 2.3.4.5. & seqq. ff. de pact.* Quid igitur? an stipulationi est cum quodam pacto communis forma? Minimè: Non enim interrogationem & responsionem in pacto spectamus, tanquam ejus formam, aut ex quo substantia ejus proficiscatur: sed ex accidenti, & quasi forte fortuna, sive casu, ut inquit Duaren. *in Rubr. h. t.* Quoniam ne quidem verba de substantia sunt pacti, cùm solo ac nudo placito, nuncio vel literis, aut nutu, vel tacitè, certo aliquo signo atq; indicio fieri possit. *l.2. l.3. l.4. de pact. d.l.1. in princ. eod. l.3. ibi Bart. de pollicit. Bart. ad l.1. Cod. de pact. Socyn. in Rubr. hujus tit. num.11. Jason in Rubr. C. de pact. Ant. Fab. d. cap.10. lib. 5. conjectur. Gomez. tom.2. variar. resol. cap.9. num.2. Cujac. in d.l.1. & l.7. de pact. Joh. Borcholt cap.1. & 2. de pact.* Illud est quod *in l. 2. de pact.* dicitur; *expresse* vel *tacitè* pactum fieri: *expresse* inter *præsentes*, vel *absentes*: vel *re*, vel *per epistolam*, vel *per nuncium* sive internuncium: *Tacitè*, si actus talis peragatur, ex quo placitum illud colligitur, ut si debitori meo reddiderim cautionem, *d.l.2.* Non ait, *inter præsentes verbis fieri*, sed *re*, h.e. tractatu inter paciscentes habito, ut quamvis sermo interveniat, tamen is non verborum vice ita fungatur, ut ex eo substantiam capiat, sed rei, i.e. tractatus

vim

vim tantùm habeat: *per ea quæ Joh. Borch. d.c. 2. de pact. nu. 2. & cap. 5. nu. 1. & 2.* Ideoq; meritò reprehenditur definitio pacti tradita à Gomezio *d. cap. 9. n. 2. ver. ubi formaliter dicit,* quam recitat ex Hostiensi *in summa de pact. num. 1.* quòd pactum sit *duorum pluriúmve in idem dandum vel faciendum alteri ab altero consensus verbis expressus animo obligandi.* Nam verba illa, *verbis expressus,* per *d. l. 2. l. 3. l. 4. de pact.* malè infarciuntur: malè protuenda ista definitione, quasi ita fuisset ad differentiam pollicitationis supplenda, usus est Hostiens. *d. num. 1. argum. l. quicquid adstringendæ. h. tit. l. si repetendi: C. de condict. ob caus. cap. constitutis. 46. ext. de appella.* Nihil enim ejus habent, ut ex verbis ipsis allegatorum textuum cuiq; legenti palàm est. † A pollicitatione 71
pactum differt: quia *pactum* est duorum pluriúmvé: *pollicitatio* non est duorum pluriúmve, sed solius offerentis promissum. *d. l. 3. de pollicit. Joh. Borcholt de pact. cap. 1. nu. 1. Ant. Gomez. d. cap. 9. nu. 1. & 2. tom. 2. variar. resol.* Ex quo etiam elucet differentia multiplex inter *stipulationem* & *pollicitationem.* Nam *pollicitatio* ne quidē conventio est, sed nuda oblatio: conventio enim nō est unius, sed duorum pluriúmve: quia sine consensu non fit. *l. 1. §. 1. de pact.* Cōsensus inter pauciores esse nequit, quàm inter duos: deinde nūquam fit pollicitatio per solennem interrogationē & responsionem, cùm nemine acceptante, nedum interrogāte, atq; adeò interdum etiam absente eo, cui pollicetur aliquis, fiat, *d. l. 3. de pollicit. Gomez. d. cap. 9. nu. 1. & 2.* Ideo neq; naturalem, uti pactum; neq; civilem, uti stipulatio; obligationem producit, nisi fiat civitati, vel alicui universitati, aut hospitali vel collegio, & quidem ex causa *l. 1. & tot. tit. de pollic. cap. scimus 12. quæst. 1. l. sciendum. §. dictum. ff. de ædilit. edict. l. nuda. Cod. h. tit. Jas. in*

Rubr.h.t.num.9. Gomez.d.cap.9.num.1. At dixeris, unde hæc ſtipulationis forma ex definitione appareat? Nullibi enim fit animi & propoſiti mentio, nullibi exprimitur, quòd hoc agi inter contrahentes oporteat, ut ex interrogatione & reſponſione ſimul ſit negotium confectum. Imò verò hæc omnia in propoſita definitione luculenter ſunt expreſſa, ſi integram definitionem perpendas: Primùm quia contractus eſt: ideoque contrahendi animo iniri oportet: deinde quia perfici dicitur interrogatione & reſponſione. Denique hæc interrogationis & reſponſionis conceptio non erit nuda, ſed de dando faciendóve, h. e. de negotio per eum conſtituendo. Hæc ſanè emphaſin habet. Non ergò obſtat, ſi quis objiciat, *acceptilationem* quoq; fieri per interrogationem & reſponſionem: *l.1.de accept.§.2.Inſtit.quib.mod. toll. obl.* acceptilationem autem non eſſe cõtractum: proinde nec ſtipulationem: itaq; nec eſſe hanc propriam ſtipulationis formam, quæ interrogatione & reſponſione continua conſiſtat. Quòd acceptilatio non ſit contractus, ne quidem verborum; proinde nec ſtipulatio, facilè largimur. Eſt enim non magis cõtractus, vel ſtipulatio, quàm pactum, quo ab emptione-venditione receditur. *l.ab empt. de pact. l.1.l.2. C.quando lic.ab emp.reced.* Caret etiam *ultrò citroq;*, h.e. negotio & causâ commercii, ex qua fit obligatio: quippe cùm ſit modus tollendi obligationem, non conſtituendi, tali cauſa prorſus careat, neceſſe eſt: niſi quis cauſam deſtruentem ejusdem putet eſſe quoque cauſam procreantem. Imò verò deſtructio unius non eſt ejusdem, ſed alterius generatio. Acceptilatio igitur non eſt contractus, nec ſtipulatio, ſed eam tollit & corrumpit, ut aliud generet, *liberationem*

n ſcil. Quod etiam tum verum fatemur, quando quiliana ſtipulatio intercedit. *l. & uno. §. 1 ff. de accep. §. item per acceptila. Inſtit. quib. mod. tolli oblig. l. 4. l. 5. ff. de ansact. l. 3. l. 4. l. 6. l. ut reſpõſum. C. eod.* equidem hæc ſtipulatio, verus quidem cõtractus eſt: ſed ipſa nõ eſt acceptilatio: tantùm cauſa eſt præparatoria acceptilationis. *d. §. item per acceptilationem. d. l. & uno. §. 1. d. l. 3. l. 4. d. l. 6. d. l. ut reſponſum. C. de transactio.* Quid igitur? an ſtipulatio formam ſuam communem habet cum acceptilatione? cum aliqua re, quæ ſtipulatio nõ eſt? Minimè: Non enim idẽ interrogandi & reſpondendi finis eſt in acceptilatione, qui in ſtipulatione, ut ex jam dictis apparet. In ſtipulatione finis eſt, ut per interrogationem-reſponſionem hoc negotium, q̃ contractum appellamus, perficiatur: *l. continuus. §. 1.* ut ex hac conceptione ſubſtantia obligationis proficiſcatur. *d. l. continuus. in prin. & §. 1.* Finis autem interrogandi ac reſpondendi in acceptilatione planè eſt contrarius: ut ſcil. ab illâ confectâ per interrogationem atq; reſponſionem ſubſtantiâ recedatur, & cõtractũ deſtruatur. *d. §. item per accept. d. l. & uno. §. 1.* Ut ergo fiat per interrog. & reſpon. cõtinuam, naturali ratione evenit, ut ſcil. eodem modo cõſtituta obligatio tollatur, quo colligata eſt. *l. nihil tam naturale. de R. J. l. prout 80. de ſolutio. l. 1. l. an inutilis. §. acceptum. ff. de accept. l. 2. C. quand. nõ lic. ab empt.* propterea communem vel eandem non habet formam cum ſtipulatione: neq; etiã ab eo inferri poteſt, hanc ſtipulationis propriam non eſſe formam: alioqui quoq; dicendũ eſſet, formam emptionis-venditionis non eſſe in cõſenſu de re ac precio: quia ab eo receditur contrario conſenſu de re ac precio: quod & in ceteris cõtractibus videre eſt, *juxta d. l. prout 80. de ſolu. d. l. nihil tam na-*

turale.ff.de R. J. Hinc est, quòd *in l.1.de acceptil.* non definiatur tale negotium, quod interrogatione & responsione concepta ac cõtinua perficitur: sed quòd fit *liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque cõtingit ab eodem nexu absolutio.* Igitur ad minorem respondendum est: etsi quidem acceptilatio fiat per interrogationem & responsionem: eam tamen non esse specie, fine, & numero unam eandemque cum illâ, per quam fit stipulatio; sed planè contrariam: & per consequens, verum manere, non esse talem stipulationi interrogationem & responsionem cum
72 acceptilatione communem. † At dixeris, novatio est liberatio: refertur enim inter modos liberandi & tollendæ obligationis. *§. præterea. Instit. quib. mod. tolli. obligat.* Novatio verò, stipulatio est. *l.4.ff.de transact. l.2. l.8. in prin. & §. si quis. l. quotiens 14. l. novatio 24. l. si rem 31. ff. de nova.* Quid ergò? quædam liberatio est stipulatio? at liberatio contractus non est: cùm contractum destruat & tollat. Quædam igitur stipulatio non est contractus? Minimè: Respondetur: imò novatio revera ac propriè nihil est aliud, quàm contractus & species quædam stipulationis: id quod vel nomen ejus arguit. Ideo enim novatio dicitur, quia novum contractum, novamque à superiore constituit obligationem, quæ vice prioris, sive ea infirma fuerit, sive firma, fungatur & quasi substituatur. *l. 1. l.2. & seqq. de novat. d. §. præterea.* Ut autem novatio vim liberandi habeat, & priorem illam obligationem sic stipulando mutatam tollat, non ex eo est, quia sit contractus, quia sit stipulatio: sed hoc inter partes hac stipulatione agebatur, ut vice prioris hæc succederet. Ut autem succedat, opus est priorem demori & interire: ut hæc unius nova generatio, sit

destru-

tructio prioris, non uno eodemque respectu, n unius ejusdemque motus similari, sed dissimi- i relatione: quia huic stipulationi novanti hoc ctum tacitè inest, & quasi in eandem stipulatio- em deducitur placiti servandi causa, nempe ut pri- & præcedens obligatio consumatur per hanc se- ndam: illa propter hanc intereat: quod etiam Ju- inian. diserte vult *in d. §. præterea. & in l. fin. C. de novat. cit l. 2. l. 5. l. si Stichum 8. §. si quis ita. ff. de novatio.* Quia erò unumquodq; ab eo, quod principaliter ac pro- riè est, non quod extrinsecus & per accidens cen- eri debet. Itaque novatio, quatenus est stipulatio, ontractus est, nec liberatio eatenus censeri potest: Quatenus autem est liberatio, talis est per accidens, neque ab eo propriè liberatio dicetur, neque stipu- latio, sed stipulatio pactum liberatorium habens: h. e. vis liberandi non est vi hujus stipulationis, sed vi pacti, quod huic stipulationi inest. Denique non se- cundùm idem, sed secundũ aliud & aliud, erit & cõ- tractus & liberatio: uti eadem causa efficiẽs ejusdem & generatio & corruptio eodem tẽpore esse potest, sed non secundùm idem & ad idem. † Rursum ob- 73 jecerit aliquis: Imò *conceptam interrogationem* & *respõsionem* definiri nõ posse: cùm *conceptum* dici nequeat, quod conceptione verborum non consistit: concep- tionem autẽ verborum nihil aliud esse, quàm so- lennitatem verborum & solennem formulam, *arg. l. actio 47. ff. de nego. gest. l. jusjurandum 34. §. si de qualitate. ff. de jurejur. Paulus lib. 2. senten. tit. 3.* esse autem hodie o- mnem verborum solennitatem in stipulatione sub- latam. *l. omnes 10. C. h. t. §. in hac. Inst. h. t. l. 1. in fin. h. t.* Sed observandum est, tria olim solennia in stipulatione fuisse: *unum*, ut solennibus & directis, h. e. Latinis &

conceptis personalibus, i.e. primæ atq; secundæ personæ verbis fieret, nō etiā Punicis, vel Hebraicis, vel Gallicis: *alterum*, ut solēnibus, h.e. iisdem quibus interrogatus esset, verbis respōderet, *Paul.d.t.7.lib.5.sen. d.§.in hac.Inst.h.t.d.l.omnes*; puta *Spondes? spondeo: promittis? promitto: fidejubes? fidejubeo:* Neq; per æquipollentia respondere fas erat: *tertium* fuit, ut præcedēte interrogatione & responsione continuò subsequente expediretur, *d.l.1.in pri.& §.fin.d.l.5.§.1.d.l.continuus.h.t. d.§.1,& 2.Inst.h.t.Paul.d.t.7.lib.5.sent.Gajus lib.2.Inst.tit.9. §. verbis.* Etsi quidem duo priora mutata hodie sint, hoc tertium tamen sublatum nō est. *per d.l. omnes.& d.§.1.ac 2.Instit.h.t.ut per §.præterea. Instit.de inutil.stipula. convincitur. Vultejus lib.1. Jurisp. Rom. cap.39.* Imò dixeris, stipulatio quoque contracta intelligitur, nullo etiam loquente, vel interrogante, sola pollicitatione, *l.ad exactionem. C.de dot. promiss.* vel pactione. *l.unic. C.de rei uxo. actio. §. fuerat. Instit. de action.* Respondeo: Impp. quidem *in d.l.ad exactionem.* sublatâ dotis dictione, cōstituisse, ut dotis obligatio, nuda etiam pollicitatione, i.e. pactione, contraheretur; essetq; hoc pactum dotis legitimum *juxta l.6. ff.de pact. ubi Cujac.* Justinianum autem hoc eò amplius sanciviſſe, ut multis casibus hoc pactum vim stipulationis habeat: neq; tantùm quo ad dotem constituendam, sed etiam soluto matrimonio reddendam: atq; ita condictio dotis ex stipulatione detur semper, etiamsi illa non sit revera interposita. Sed hoc, quod contrahentes celeri conventione omisêre, legis sanctio fictione quadam supplevit propter bonū Reip. Quod cùm speciale jus sit, non potest in consequentiam trahi. *l.jus singulare. l.quod verò.l.seq.de legib.* Imò verò cùm fingendo tātùm hoc factum suppleat lex, ex eo colli-

colligitur, verè ac propriè stipulationem non fieri, nisi interrogando ac respondendo, & cur Justinianus hanc stipulationis fictionem introduxisset, ut veritatis vice in hac solâ causâ fungeretur, si regulariter sine ea solennitate contrahi posset? Objicitur rursum *l. 4. ff. de sponsalib.* ubi Ulpianus inter absentes sponsalia contrahi posse affirmat. Sponsalia autem à spondendo nomen acceperunt. *l. 2. de sponsalib.* Nam moris fuit, stipulari sibi, & spondere uxores. *d. l. 2. A. Gellius lib. 4. noct. Attic. c. 4.* *Spondere* autem nihil est aliud, quàm *solenni interrogatione & responsione contrahere. arg. l. 7. ff. de verb. signif. ubi Alcia.* qui illud respõsum ita interpretatur. q. d. JCtus, *sponsionem non solùm esse eam stipulationem, quam sponsus cum sponsâ, ejusq; patre vel agnato contrahit, verùm quamlibet aliam quoq; stipulationem.* Exempla hujus sponsionis sunt passim apud Plautum obvia: veluti in Aulula. *act. 2.*

ME. *Quid? nunc etiam mihi despondes filiam?* EU. *illis legibus;*
Cum illa dote, quam tibi dixi. ME. *Sponden' ergò;*
EU. *spondeo.*

Et in Curculio. *act. 5.*

CU. *Quid cessas miles hanc huic uxorem dare?*
MI. *Si hac volt.* PL. *mi frater, cupio.* M. *fiat.* CU. *bene facis.*
PH. *Spondésne miles mihi hanc uxorem?* MI. *Spondeo.*

Et in Trinummo *act. 5.*

Isthac lege filiam tuam sponden' mihi uxorem dari?
CH. *Spondeo.* CA. *& ego spondeo idem hoc.*

Inferendum igitur videtur; si qua sponsio potest fieri nudo ac solo consensu, potest etiam stipulatio quædam sine interrogatione & responsione fieri, cùm sint autore Alciato synonyma, *argu. l. sciendum.*

ff. de edili. edict. Sed respondeo primùm negando, stipulationem & sponsionem synonyma esse, *per l. 7. §. quod ferè. de pact. l. penul. de aleato. l. si gratuitam. §. fin. ff. de præscrip. verb. l. 1. ff. de legibus. Stepha. Forcatul. Necyom. jur. dialog. 2. nu. 8.* & falsa est interpretatio *d. l. sponsio 7. ff. de verb. sign.* quâ Alcia. ibid. affert, ut illo in loco prolixè. Deinde etsi à stipulationis antiqua formula, *spondes? spondeo:* sponsalia dicta sunt: cùm tamen duplex in usu esse cœperit spondendi sibi uxores ratio: una per stipulationem: altera per nudam sponsionem, sive pactionem; *ut ex l. 2. & l. 4. ff. de sponsalib. notum est;* non amplius hoc argumentum à sponsalium conjugato, & conjugati interpretatione efficax esse potest, ad excludendum hunc alterum modum: & per consequens non rectè ad universum genus refer-
76 tur, quod unius tantùm speciei est. † Denique objecerit aliquis, omitti in suprapositâ definitione vocabulum *Se*, quod tamen Pompon. *in d. l. 5. §. 1.* inseruit. Quia ad hoc inventæ sunt stipulationes, ut quisque, quod sua interest, acquirat, *l. stipulatio ista. §. alteri.* & promittat, *l. inter stipulantem. h. tit.* Respondeo ex Donello *ad d. l. 5. §. 1. num. 3. h. tit.* unum
77 esse stipulationis proprium. † Tria quæ Pompon. expressit, communia esse eidem cum cæteris contractibus: proprium esse; quòd sit verborum conceptio, consistens in interrogatione & responsione: communia esse; primò, quòd in stipulationem deducitur, rem scilic. & factum: secundò, consensum: tertiò, ut quis se daturum facturúmve aliquid obstringat non alium; & sibi non alii acquirat. Quod ergo genere continetur, in specie necessariò non erat repetendum: quia repeti non debebat.
78 † At dixeris, si ita est, cur nec illa verba: *de dando faciendo*

faciendóve aliquid, omissa sunt? sed diversam ajo rationem esse: ideo hæc erant ponenda, ut appareret nos agere de ea interrogatione ac responsione, quæ causam obligandi, negotium ac commercium haberet, non de qualibet aliâ, puta Philosophicâ, vel rerum novarum disquisitione. Nam etsi videatur hoc ipsum etiam generis definitione contineri, *juxta d. l. Labeo 19. vers. contract. de verb. sig. l. 7. de pact*: tamen in singulis propè specierum definitionibus hæc causa, hoc negotium ideò est specialius repetendum; quia specialiorem recipit, in singulis ferè contractuum speciebus, modum, conditionem ac qualitatem: imò qualitas negotii, quod in singulis contractibus versatur, pars formæ singulorum est: cùm alia sit forma constituendi hoc negotium permutando, quàm emendo vendendo; item locando & conducendo, quàm mandando; & deponendo, quàm pignoris causa dando, &c. † Neq; etiã omnes 79
ac singuli contractus possunt fieri de qualibet re: veluti mutuum, quod tantùm consistit in rebus functionem per mensuram, pondus, numerum recipientibus, sive in quantitate. *l. 2. de reb. cred. §. 1. Instit. quib. mod. re contra.* Neque etiam omnes ac singuli simul factum admittunt. Nam contractus, qui re fiunt, non possunt disjunctivè de re factóve constitui, uti nec contractus *do ut des*: sed nec emptio-vẽditio potest fieri de re factóve & precio. Contrà locatio-conductio potest tam esse de faciendo aliquid, quàm re concedenda: item societas tam de opera, quàm re communicanda. Ergo opus est hæc specialiùs in singulis prope contractibus exprimere, ut quo fine unusquisq; celebretur eò magis constet. † Sed eadem necessitas & varietas non occur- 80

rebat circa vocab. SE; cùm ipse finis & usus sit omnibus propè cõventionibus communis, neq; tam formam singulari modo singulorum afficiat, quàm effectum communem ostendat. Potuit ergo illud omitti, sed non ista. His ita expeditis, videamus de quibusdam consectariis sponte suâ ex his promanantibus. Sit autem hujus conclusionis hoc.

81 I. CONSECTARIUM. † *In d.l.5.§.1.h.tit. veram exactam & perfectam stipulationis definitionem non proponit: sed eam describi tantùm, quatenus est verborum conceptio, non quatenus, ut contractus, consideratur*; vel ut Zas. *ad d.l.5.§.1.num.2.* ait, *describitur non à priore*, id est, propria differentia & forma, *sed à materia*: quod & Bologneto & Scipioni Giardino, Alciato *nu. 1.* multisque aliis *ad d.l.5.§.1.h.t.* visum est, licet Cuman. & Jas. *ibid.* necnon Petr. Nicola. Mozz. *de stipul. col.1. nume. 12. 13.14. in tractat. de contract.* non solùm dissentiant, sed

82 eam quoq; mirum in modum extollant. † Sed & Cujac. *in parat. C & Dig. h.t.* Gomez. *d.c 9.tom. 2. varia. resolut. num.3.* existimaverunt, non omnibus suis numeris perfectam esse definitionem à Pompon. traditam, ideoq; & ipsi conati sunt perfectiorem pro-

83 ponere. † Ait autem Pomponius *in d.l.5.§.1. Stipulatio est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum factúrúmve se, quod interrogatus est, responderit.* Quòd legitima hæc non sit definitio, ex eo apparet: Etenim initio caret genere: vel certè, quod genus non est, generis vice ponitur, atque ita definitur à non causa, ut causa. Nam *conceptio verborum* non est genus stipulationis, quia nec genus est dictionis dotis vel jurisjurandi liberti, aut ullius alterius contractus. Imò *conceptio verborum* nihil aliud est, quàm solennis ac continua formula, ideoq; ea stipulationi com-

communis est, cum qualibet formulâ prætoriâ agendi petendique bonorum possessionem, vel excipiendi, item interloquendi & pronunciandi. *l. actio 47 de action. & obligat. Duaren. de pact. vide l. 6. §. 1. ibi annota. de verbor. signific.* item cum quolibet juramento, *l. jusjurandum 34. §. si de qualitate. l. 3. §. fin. ll. seqq. de jurejuran.* † Nec ad rem facit, quòd vulgò illa verba, 84
conceptio verborum, exponunt, *conceptio*, h.e. *contractus*. Nam eo ipso fatentur proprium genus non esse, sed per quandam metonymiam aliud pro alio dici: quod à legibus verarum ac legitimarum definitionum abhorret. Deinde illa interrogationis & responsionis conceptio ideo genus esse, & per verbum *contractus*, exponi nequit: quia ipsa stipulationis forma vel certè, potissima formæ pars in ea conceptione consistit. *Inprinc. §. 2. §. fin. h tit. d. §. præterea. Institut. de inutil. stipulat. l. omnes 10. C. h. t l. blanditus 12. C. de fide-jus. Paul. lib. 5. sent. tit. 7. quod etiam Donel. num. 3. Bartol. nu. 2. ad dict. l. 5. §. 1. hoc tit. & Bartol. ad l. 1. num. 13. eodem h. tit. agnoscit.* Forma autem in qualibet specie aliquid amplius est, quàm genere exprimitur: nec ideo generi convenit, quod oportet quibusdam tantùm speciebus esse proprium & essentiale. Tertiò ostendimus supra, stipulationem nunquam significare per se tantùm & absolutè responsionem, sed aut totam stipulationem, quæ constat interrogatione & responsione, aut unam ejus partem, nempe interrogationem: quod & Donell. voluit. Atqui à Pomponio *in d. l. 5. §. 1.* stipulatio ita definitur, ut appareat nihil aliud esse, quàm *eam verborum conceptionem, quibus interrogatus respondet interroganti:* h.e. esse tantùm responsionē: ex quo apparet, Pomponio nō fuisse propositum definire stipulationē in propria

ſignificatione, & quatenus contractus eſt; ſed quatenus eſt quædam verborum conceptio, æquè aliam præſupponens: Imò niſi ſic accipiatur, laborabit imperfectione, vel verborum ambiguitate. Pars enim ſtipulàtionis non tota; vel materia ejus tantùm, quod Bartol. *ad l.1.num.13.& in d.l.5.§.1.nu.2.* Zaſ. *num.2.* Alciat. *num.1.* & tacitè *ibid.* Donellus fatetur, definiretur: vel ex unius partis minùs principalis definitione, eſſet intelligenda pars altera eaque potior, ut Accurſ. voluit: quod genus definitionis propter ambiguitatem non eſt legitimum, nec Accurſii doctrinam hac in parte, ut ſuprà viſum, toleramus. Quartò potiſſima formæ pars abeſt, nempe quòd debeat *eſſe continua hæc interrogationis & reſponſionis conceptio. l.1.§.qui præſens. l. continuus. h.t.* Quintò pleraque habet ſuperflua; veluti quòd ſit talis *conceptio verborum, quibus is, qui interrogatus eſt, reſponderit, ſe &c.* Illa enim particula *ſe*, generis eſt, non propria ſtipu-

85 lationis. † Sextò, unumquodque ex ſenſu & accõmodatione autoris eſt accipiendum: Oportet enim non ex cerebro cujusque proprio, ſed ex intentione cujusque loquentis ac differentis verba interpretari, *argum. l. cùm de lanionis. §. aſinam. verſ. optimum. de inſtrum. inſtruct. leg. l.7. de ſupellect. lega.* juxta illud pervulgatum, *nemo melior, quàm quisq; ſuorum verborum, interpres.* Colligetur autem intentio autoris ex antecedentibus & conſequentibus, ex loco & ſitu dicti.

86 † Atqui Pomponius *in d.l.5.* in initio, ab uſu ſtipulationis vario varias ejus ſpecies proponit, non quidem ipſius ſtipulationis, quatenus abſolutè contractus eſt; ſed quatenus verbis concipitur, & verborum eſt conceptio, ſeu formula ſtipulandi: quæ multiplex autore Cicerone ad Treb. *in Top. eſt.* Quædam

dam enim formulæ à prætore sunt introductæ, veluti de dolo, cautio judicialis, de damno infecto, rē pupilli salvam fore, judicatum solvi, &c. quæ ideò alibi appellantur clausulæ, cautiones, formulæ, &c. *l. novissima. judic. solv. l. stipulatio 21. §. ult. de novi oper. nunc. l. doli 119. l. ex ea 121. h. tit. &c.* Quædam verò communi jure & usu censentur. *l. in conventionalibus 52. h. t.* Pomponius ergo has conceptiones & clausulas sive formulas cavendi per stipulationem, dividit in stipulationes judiciales, prætorias, communes & conventionales, *in d. l. 5.* † Cùm autem hæ cautiones 87
fiant aut sola stipulatione, id est, repromissione aut satisacceptione, *l. 1. §. 1. ff. de prætor. stipulat.* jam *in §. stipulatio autem. & in §. satisacceptio* subjiciat differentiam stipulationis, hoc est, repromissionis & satisacceptionis, per utriusque descriptionem: quòd stipulatio quidem sit generaliter omnis illa verborum cōceptio, quæ interrogando & respondendo consistit: satisacceptio verò illa stipulatio, hoc est, talis verborum conceptio, qua simul promittitur, & promittit adpromissor, hoc est, fidejussor. *Alciat. Zas. Donell. Coras. Duaren. ad d. l. 5. §. 1. §. 2. h. tit.* Neque enim satisacceptio vel genere vel specie differt à stipulatione; sed tantùm numero, ratione clausulæ sive formulæ & conceptionis illius, qua promissor unà promittit. Itaque ex antecedentibus & consequentibus constat, Pomponium *in d. l. 5. §. 1.* non definivisse stipulationem in ea significatione, qua est contractus, sed qua est conceptio verborum & formula stipulandi & promittendi aliquid: in qua significatione sæpissimè stipulatio in hoc tractatu sumitur, *veluti in l. 2. §. ejusdem. §. item si in facto. l. 3. §. 1. §. 2. l. 8. l. 10. l. 18. l. 20. l. 38. & c. hoc tit.* † Hac significatione dici- 88

tur ſtipulatio concepta, *l. ſtipulatio 61. l. ſi flagitii 123. hoc tit.* & conceptio *in l. quidam 132. verſic. in eo autem qui non adoptavit, quem intellectum habeat hæc conceptio. hoc tit.* item verborum conceptio. *leg. 3. C. hoc tit.* Unde rurſum exiſtit illud, quod volo, Pomponiũ *in d. l. 5. §. 1.* ſtipulationem non definire in ea ſignificatione, qua contractus eſt; ſed qua conceptio verborum, per quam contractus ille poteſt & debet contrahi.

89 † Quæ cùm ita ſint, non magni momenti ea eſſe intelligimus, quæ Nicolaus Mozz. Jaſon & alii nobis objiciunt, Juſtinianum illam Pomponii definitionem approbaſſe, ac ſuam feciſſe, & in Pandectas retuliſſe, ut vim legis habeat: Contrà leges verò atque Impp. aliquid defendere, & criminoſum eſſe & temerarium: imò verò, autore Mozzio, fatuum eſſe, recedere ab illa JCti definitione, quam Cuman. & Jaſon approbant; cùm habeat genus & differentias, quandoquidem verborum conceptio ſtat loco generis, &c. Deinde autoritatem nobis Galeni obtrudunt, tradentis, non eſſe opus definitione dialectica in initio disputationis alicujus, cùm res aliter declarari ac intelligi poſſit: eamq; ob cauſam ſe reprehendiſſe in quibusdam medicis ejusmodi φιλοσοφίαν nimis ſuperſtitioſam; Quòd ſi illud in medicis dixerint, tanquam vitium reprehendendum, multo magis in JCtis, quos verborum captatores eſſe non decet. *l. pen. ff. ad exhib. l. natura. ff. de V. S.* Quid? quòd Julius Clarus JCus eximius & maximæ autoritatis *lib. 5. recept. ſen. §. practica criminalis, §. fin. quæſt. 12. n. 1.* aſſeruit, ſibi disputationẽ ſuper definitionibus in pra-

90 ctica ſemper viſam eſſe inutilem? † Sed ſciant illi Galenum (nec arbitror, aliam Julii Clari fuiſſe ſententiam:) reprehendiſſe eos, qui magis verborum,

quàm

quàm rerũ curam in definitionibus habebant, nec verba ad rem, sed rem ad verba detorquebant: horum sanè studium præposterum est, nec laude dignum, ut nec eorum, qui nimis scrupulosè inhęrent nominum definitionibus, negligentes interim rerum. Rerum enim definitiones sunt potiores, quę ideo maximè sunt excutiendæ, quia rem ipsam explicant, nec minùs utiles, quàm præfationes, & causarum conjectiones. Si itaque in JCtis præfationes & conjectiones rerum breves commendantur, ut in iis sint curiosi ac sedulí, *l. 1. de origin. jur.* quantò magis accurata definitionum investigatio, & traditio in iisdem commendabitur. Quid aliud sunt definitiones, quàm regulæ, *l. omnis definitio 202.* de R. J. Breviter enim, quid sit, enarrant: *l. 1. de reg. jur.* Atqui regularum exacta doctrina JCtis est necessaria: igitur & definitionum: *vide Eberh. à Middelb. in loc. à definitione 3.* Hinc interp. *ex Cicer. lib. 1. de offic. in partitionibus Orato. & passim ad leg. 1. de justi. & jur. & l. 1. de origin. jur. l. 1. de pact.* tradiderunt, omnẽ doctrinam perfectam à definitione incipere. † Nihil ergo con- 91
tra leges & Impp. asserimus: neque etiam criminosum vel fatuum est, diligentiùs in mentem tam JCti proferentis & aliquid scribentis, quàm Imperatoris approbantis inquirere: quippe non alio sensu vel alia mente approbasse videri potest Imp. Justinian. quæ *in d. l. 5. §. 1.* continentur, quàm qua ipse Pompo. ista proposuit. Cum itaq; constet, Pomponium non eo sensu stipulationem in illo loco descripsisse, quo hîc tractanda proponitur, iniquè hæc nobis imputantur. Quin imò ita laudando & excusando hanc definitionem Cuman. Jas. & Mozz. in Pompon. videntur injurioſi, quia ad aliũ sensum verba JCti vio-

lenter detorquent, ad quem ille nunquam pertinere eo modo voluit. Quod si fatentur, ut sanè Mozzius liquidissimè fatetur, *conceptionem verborum* generis loco stare; jam eo ipso proprium ac verum genus positum esse negant: Quomodo igitur dixerint, legitimam hanc esse definitionem? Quid si efficientem causam in hac definitione fatentur? Fatetur sanè Mozzius: illegitimam igitur eam esse, etiam fateatur, quid vetat?

92 II. CONSECTARIUM. † *Sed nec illam quam Paulus lib. 5. sent. tit. 7. proponit, legitimam vel perfectam esse quo ad eam significationem, qua stipulatio contractus est, consequens esse oportet:* Definit enim in hunc modum: *Stipulatio*, inquit, *est verborum conceptio, ad quam quis interrogatus respondit: veluti, Spondes? Spondeo: dabis? dabo: promittis? promitto: Fidei tuæ erit? Fidei meæ erit.* Est & illa tantùm descriptio stipulationis in ea significatione, quæ conceptis fit verbis, qua est conceptio verborum, *ut in d. l. 3. §. 1. §. 2. l. 8. l. 10. l. 18. l. 20. l. 38. & c. h. t. dict. l. si flagitii 123. h. tit.* & quidem per synecdochen: definit enim hanc conceptionem, eam verborum esse, qua quis interrogatur, & ad quam respondetur. Stipulationem igitur accipit pro interrogatione; eamque partem tantùm describit, non totam stipulationem.

93 III. CONSECTARIUM. † *Sed nec eam quam Bologne. quam Scipio Giardinus, & alii tradunt, ut legitimam admittere decet:* Carent enim ea qualitate, qua legitimè ac ritè rectèque factæ definitiones constare debent. Bolognetus definit, *quòd sit duorum in idem consensus vel conventio.* Quid hîc dicitur, quod etiam non est pactorum? quid? quod nec aliorum contractuum? Generis remotioris est descriptio, *conven-*

ventionis scilicet: propria forma non apparet. Nec idem est *consensus & conventio. d. l. 1. de pact.* Scipio Giardinus definit, *quòd stipulatio sit contractus per conceptionem verborum completus. Nicolaus Mozz. de contract. tit. de stipulat. & l. 1. num. 12.* Sed talis etiam olim erat dotis dictio: talis erat & adhuc est liberti jusjurandum patrono de operis & muneribus factum. Definitio igitur latior est suo definito; atque ideò vitiosa. Cujacius *in parat. Dig. h. tit.* definit *stipulationem, solennibus verbis ex interrogatione & responsione confectam conventionem.* Sed hic genus remotius ponitur: & præterea hodie verba solennia non requiruntur. *d. l. omnes 10. C. h. t. l. 1. §. 1. §. 2. ff. h. t.*

IV. CONCLUSIO.

PArtes † *stipulationis duæ sunt: interrogatio & responsio.* 94

Etenim non sine causa interrogationem appellat partem stipulationis nobiliorem; quia ab ea initium capiat, Bart. *in l. 1. nu. 13.* Alcia. *ibid. & in l. 5. §. stipulatio. h. t.* & Zas. non obscurè *in l. 1. §. verbis. num. 1. 2. 3. per illum text. & l. obligamur 52. de action. & obligat.* Veritas hujus conclusionis relucet ex definitione. Nam cùm constet, partes toti ita esse essentiales, ut totum aliter non ponatur vel affirmetur, nisi omnes illæ conjunctim ponantur vel affirmentur, arg. *l. rerum mixturam. de usucap. l. inter stipulantem. §. sacram. §. seq. h. t. l. quires. §. aream. de soluti.* nec satis sit unam atque alteram partem esse positam; quin adhuc sublatâ vel negatâ alterâ parte essentiali, totum tollatur & negetur: *per ea, quæ P. Ramus & ejus Interpp. lib. 1. Dial. cap. 25. & Barthol. Latomus in epit. Dial. Rodolph. Agric. in loco de toto & partibus scribunt. l. ædificia. §. perfecisse. de verbor.*

significat. certum autem sit ex definitione, *ut & ex §. praterea. §. mutuum. Institu. de inutil. stipul. d. leg. 1. §. verbis. §. seq. de action. & obligat.* neque sola interrogatione, quam nulla vel non congrua subsequitur responsio; neq; etiam sola promissione, quam nulla interrogatio præcedit, fieri: consequens sanè illud erit; non alterutra, sed utraq; hac parte totum stipulationis perfici: proindeq; hanc utramq; partem stipulationi esse essentialem; rectéq; in hæc duo integri membra partiri. Sed hæc cùm difficultate careant, omitto.

95 Restat † de divisionibus stipulationum variis & passim *veluti in l. 2. l. 4. l. 5. l. stipulationum 74. l. stipulationes non dividuntur, &c. h. t.* occurrentibus admonere. Etsi quidem de iis statim à definitione plures, veluti Nic. Mozzius *de stipul. col. 2. 3. 4. & seqq.* tractandum esse putant: nobis tamen aliud visum est. Etenim non immeritò ὕστερον πρότερον committi quis dixerit, si divisiones ex diversis causis, subjectis, adjunctis, & qualitatibus emergentes uno quasi & quidem primo loco tractare velimus, nondum his causarum, subjectorum, adjunctorum, & qualitatum figuris ac proprietatibus discussis. Ideoq; singulas istas divisiones ac subdivisiones propriis suis capitibus, ex quibus originem trahunt, reservandas esse censeo, ne confusio pariat obscuritatem.

DE CAUSA EFFICIENTE ET CONSERVANTE STIPULATIONIS.

CAPUT II.

CAusam hîc efficientem & conservantem duplicem intelligimus: *unam*, quæ hunc contractum

ctum invenit, produxit, & formâ donavit: *alteram*, à qua singulæ stipulationes quotidie conficiuntur & conveniendo contrahuntur: illa in genere, hæc in specie operatur. Hanc causam Bartholomæus Latomus ex Rodolpho Agricola definit, *illud esse, quod faciendæ rei operam præbet*. Petrus Ramus *l. 1. Dialect. cap. 4. Causam, à qua res est.* Sicut enim à matre libera liber nascitur & educatur filius, à matre serva servus: sic jus gentium illas conventiones, quas vocant juris gentium, h.e. quæ omnium gentium jure formâ eâdem constant, generat: jus civile, contractus civiles, hoc est, tales, qui à civitate & vno aliquo populo formam acceperunt: *l. ex hoc. l. jus autem civile. l. omnes populi. de justit. & jur. Dd. ad §. jus autem gentium. Inst. de jur. natu.* In hoc igitur capite nobis videndum est, à quo jure stipulatio ortum habeat, & adhuc cõservetur. Deinde exprimendum, quæ illa sit causa in specie generans & operans quotidie singulas stipulationes & stipulationum species.

Summæ.

1 *Stipulatio est à jure civili inventa.*

2 *Partæ, tametsi legitimæ, omnia sunt juris gentium, nisi quòd non vi sua, sed legis & juris civilis autoritate actionem habent: ut etiam constitutum.*

3 *Justinianus, Scævola & alii opponunt constituto stipulationem.*

4. 8. 20 & 24. *Consideratur responsum Hermogen. in l. ex hoc. de justit. & jur.*

5 *Exceptionem oportet esse de regula.*

6 20 24. *Consideratur l. si ita 126. §. Chrysogonus. h. t. ejusq; facti species.*

7 *Negant quidam, & cur, quod stipulatio sit juris civilis.*

9 *Statur regulæ, donec doceatur exceptio.*

10 *Cain primus urbes ædificavit: item Nemrod.*

11 *Nulla stipulatio fit sine consensu.*
12 *Prima lex per stipulationem putatur facta.*
13 *Stipulatio & fideicommiss. qualibet lingua fieri possunt.*
14 *Facta sunt juris gentium.*
15 *Qualis effectus, talis causa.*
16 *Transactio est juris gentium.*
17 *& 33. Consideratur l. 8 in fin. de acceptil.*
18 *Stipulationis usus apud populum Dei. Idem num. 37.*
19 *Considerantur refutationes pro negativa.*
21 *Confirmatur communis opinio affirmativa, quòd stipulatio sit juris civilis & unde dignosci debeat, an aliquis contractus sit juris gentium vel civilis.*
22 *Testamentum, hareditas, pœna &c. sunt juris civilis, & quare.*
23 *Forma dat esse rei, & rem generat.*
24 *Consideratur §. de constituta. Institut. de action. & caterare-sponsa.*
25 *Nominata conventiones quadam sunt juris civilis.*
26 *Considerantur l. 5. l. 6. l. 7. de pact.*
27 *Non qualibet verba faciunt stipulationem.*
28 *Consensus non uno modo versatur in quolibet contractu.*
29 *Lex non fit per stipulationem, sed sponsionem.*
30 *Cur potuit stipulatio Græcâ & post qualibet linguâ fieri.*
31 *Non omne, quod facti, continuò est juris gentium.*
32 *Inutilis stipulatio, utile pactum non habet.*
33 *Acceptilatio non est stipulatio: & usus ejus convenit omni contractui tollendo.*
34 *Contrahens cum filiofam. duos habet reos.*
35 *Conjunctio Rationalis fit interdum copulativa, vel connexiva, aut expletiva.*
36 *Quomodo unumquodq; tollatur eodem modo, quo colligatum est.*
37 *Quomodo contractus aliquis juris civilis vel gentium.*
38 *Stipulatio à Romulo introducta.*
39 *Lectoria lex quando & de quare lata.*
40 *Lex 12. Tab. de iis, qua linguâ nuncupata cavet: & unde reticentia pœna.*
41 *Romulus constituit, ut nuptia contraherentur farre vel coemptione: & qua forma.*
42 *Prator stipulationes non introduxit, sed introductas juri judicio;*

dicioq; adhibuit.

43 *Conservatur stipulatio à jure civili, neq; sublata est.*

44 *Statutum locale territorium illud non egreditur.*

45 *Nec jus Canonic. sustulit stipulationem.*

46 *Jus Canoni. non potest jus civile corrigere: nec peccat qui autore lege quid non facit.*

47 *Alia stipulationum causa procreans.*

I. CONCLUSIO.

STipulationem † non gentium, sed jus civile 1 *invênit, & formâ donavit: ác proinde juris civilis contractus censeri debet.*

Herman. Vultej. *in Jurisprud. Rom. par. 1. cap. 39. Jaco. Cujac. obser. 36. lib. 5. & lib. 14. observ. 40.* Duaren. *ad l. 1. in fin. h.t.* Confirmatur hæc conclusio primò *per §. de constituta. Instit. de action. ubi Dd.* Deinde *per l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. h. tit. gloss. & Dd. ad §. jus autem gentium. vers. penè. Instit. de jur. natur. gent. Zas. ad l. 1. num. 1. & 2. h.t. Bartol. & post gloss. ad leg. ex hoc jure ju. de justit. & jur. ibid. Jason. Castrens. h. titu. in Rubric. quæst. 3. Pet. Nicola. Mozzius colum. 1. num. 15. & sequent. de stipulatio.* † Nam 2 cùm pacta juris sint gentium, etiamsi legitima sint, *l. 1. & seqq. l. 6. ubi Cujac. de pact. Johan. Borch. eod. tit. cap. 1. num. 15. & cap. 2. divis. 2. nu. 2. Cujac. hîc ad Rubric. & de pact. ad Rubric.* nec visua, sed aliena, nempe legis illius, qua robur acceperunt, civilem producant actionẽ, *d. l. legitima 6. ubi Cujac. Duaren. & alii de pact. Borcholt. d. cap. 1. de pact. num. 15. per d. l. 5. & l. major. C. de pignor.* constitutum autem pactum sit nudum, at jure prætorio legitimum. *Cujac. & Duaren. in d. l. 6. de pact. Bellon. lib. 3. supputa. cap. 7. Zas. ad Rubric. hîc. num. 7. & in discursu ad tit. de constitut. pecun. Govean. lib. 2. variar. lection. cap. 26.* quicquid Jas. *hîc num. 13.* & Alciat. *num. 17. & 18.* secuti Bartol. *ad leg. 7. de pactis* dicant; consequens est, hoc

quoq; pactum, *constitutum* scilicet, juris gentium esse, neque sua ἐνεργείᾳ, sed prætoria autoritate actionem in factum producere. *d. §. de constituta. Inst. de*
3 *actionib.* †Huic pacto, *constituto* inquam, Justinian. stipulationem *in d. §. de constitut* ita opponit, ut hanc juris civilis esse statuat; illud verò tantùm juris gentium, etiamsi constet à jure prætorio (quod & ipsum civile jus est. *§. prætorum. Inst. de jur. natur. gent. & civil.*) confirmatum esse, multumque roboris accepisse. *De constituta autem pecunia*, inquit, *cum omnibus agitur, quicunq; vel pro se, vel pro alio solvturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin*, ait, *si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.* Ex hac ergo antithesi, sive oppositione *pacti legitimi*, utpote origine juris gentium, & *stipulationis* colligimus *stipulationem à jure civili inventam & conformatam esse.* Idem probat Scævola *in l. fin. versic. respondit. de constitut. pecun.* ubi, cùm Lucius Titius Sejorum debitor decessisset, creditores persuaserunt Publio Mævio, quasi ad ipsum pertineret Titii hereditas, ut se ex stipulatione, tanquam Lucii Titii heredem obligaret, coque nomine reum constitueret, unde quæsitum fuit; an de constituta Pub. Mævius conveniri possit? respondet Scævola: *nec civilem eo nomine actionem competere; sed nec de constituta, secundùm ea, quæ proponerentur.* q.d. si ex stipulatione quæ civili jure actionem producit, coq; firmiùs obstringit, conveniri nequit, ut reverà non quit; multò profectò minùs ex constituto, utpote quod non civiliter, sed ex æquitate naturali robur habet, *l. 1. de constit. pecu.* Idem testatur Paulus *lib. 34. ad edictum.* Cùm enim lib. 28. ad edictum à contractibus juris gentium, qui re perficiũtur, disputare cepisset, eisq; absolutis *in lib. 32. ad edict.*

aggres-

aggressus esset contractus, qui consensu fiunt: & eorum in isto libro duos, *mandatum* scilicet & *societatem*, exposuisset; utriq; verò *emptionem & venditionem* subjecisset in lib. 33. ad edictum: tandem *lib. 34. ad edict. Locationis-conductionis* narrationem hunc in modum exorditur: *Locatio*, inquit, *& conductio, cùm naturalis sit, & omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicuti emptio & venditio. l. 1. ff. locati.* Hoc loco per *verba* intelligit *stipulationem*: & ex eò, quòd verba non sunt de substantia locationis & conductionis, concludit, quòd locatio-conductio non sit contractus juris civilis, sed gentium.† Fatetur igitur Paulus, *stipulationem*, cùm non aliter, quàm verbis linguâ formatis fiat, nõ esse juris gentium. Præterea fatetur Hermogen. *in l. ex hoc jure. de justit. & jur. quasdam obligationes a jure civili introductas esse.* Et quamvis sint, qui Hermoge. de legitimis pactis loqui intelligunt. *arg. l. 5. & l. 6. de pact. l. ad exactionem. C. de dotis promissio.* aut certè tantùm de quibusdam obligationibus, cujusmodi nascitur ex iniquâ judicis sententia, quæ in rem judicatam transiit, *l. ab eo. C. quo modo & quando judex pronun.* vel deniq; de omni omnino obligatione, non autem de contractu aliquo, ex quo nascitur obligatio aliqua, ut voluit Stephan. Forcatulus *dialog. 74. Necyoma. jur.* resistit tamen, quod regulam *in dict. leg. ex hoc jure*, proposuit per exemplorum enumerationem; quæ ostendunt regulam neque de nudis, neque de legitimis pactis, aut iis negotiis, quæ impropriè contractus censentur, sed de veris contractibus conceptam esse. † Exceptionem autē de 5 regula esse oportet. *Dyn. num. 15. & seqq. ad Rubric. de reg. jur. 6. Eber. à Middel. in loco ab exceptione ad regul.* Tempore autem Hermogeniani vix alii contractus 4

à jure civili proditi extitêre, præterquam stipulatio, dotis dictio, & jusjurandum liberti: *Gajus lib.2.Instit. tit.9.* Nam emphyteusis à Zenone, sponsalitia largitas à Justiniano introducebatur, ut de iis nihil su-
6 spicari potuerint Gajus & Hermogenianus. †Denique *in l.si ita 126.§.Chrysogonus h.t. planè*, inquit JCtus, *si præcedat numeratio, sequatur stipulatio, non esse dicendum, recessum à naturali obligatione.* Hîc Paulus stipulationem opponit mutuo, quod numeratione erat contractum, & hoc appellat *naturalem obligationem*: quia non jus civile, sed omnium gentiũ usus hunc introduxit contractum. Deinde communi suffragio hanc conclusionem approbari testantur Accur. Bart. Bald. Jas. *ad d.l.ex hoc jure.gloss.* Aret. Angel. Sneide. *num.21.* Mynsi. *num.6.ad d.§.jus autem gentium.* Castr. *quæst.3.in Rubric.hoc.* Bologne. *num.303.* Cujac. *ad l.1.versic.& ideò.h.t.ibid.* Zas. *num.1.& 2.* Petr. Mozz. *dict. num. 15.seqq.* Bernhard. Walterus *lib.1.miscc. cap.11.* Stephan.
7 Forcat. *d.dialog.74.& dialog.72. Necyo. jur.* † Non tamen desunt tam ex veteribus, quàm neotericis, qui hanc receptam conclusionem oppugnare pertentant: ex veteribus *Raven. ad l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. de testamen. Alberi. de Rosa. ad l.6. de pact.* ex neotericis *Revard.4.variar.15. Bernhar. Walter. dict. c. 11. lib.1. miscella. Stephan. Forcatul. d. dialog. 72. Æmil. Ferre. ad Rubric. num.4. h.tit. Francisc. Hottoma. ad dict. §. jus au-*
8 *tem gentium.* † Potiora eorum argumenta hæc sunt. Primò quia *in d.leg. ex hoc jure* asseritur, omnes obligationes juris esse gentium, exceptis quibusdam: & Justinian. omnes contractus penè esse juris gentium: *d.§.jus autem gentium. Instit. de jur. natu.* ut ita regula hæc sit: *Omnis contractus, & omnis obligatio est juris gentium.* Qui ergo disertè non ostenduntur excepti,

omni-

omnino censeri debent juris gentium, non civilis. † 9
Standum est quippe regulæ, nisi de exceptione doceatur. *Francis. Duacenus Fran. ad l. 1. de regul. jur. Jas. post Bartol. ad l. 2. num. 33. ff. si quis in jus vocat. non ier. Sebastian. Vantius de nullita. proces. cap. de nulli. ex defectu proces. nu. 118. Azo in summ. Cod. de probat.* Nullus autem locus, ajunt, proferri potest, ubi expresè stipulatio excipiatur ab illa regula: ideoque jus civile bonam fidem agnoscens reddit eam juri gentium. Deinde Hermogenianus de obligationibus loquitur, non de contractibus: multum autem differunt, contractus & obligatio: prior ille est, posterior ista. *l. 1. de action. & oblig. Forcatul. d. dialog. 74. num. 1.* Quare dicta de obligationibus immeritò ad contractum porriguntur: atque ita frustra quæritur, sítne aliquis contractus juris gentium: cùm potiùs ex sententia Hermogeniani quærendum foret, *númne aliqua obligatio sit juris gentium:* quia omnes ferè sunt ciuiles. Tertiò *conventiones*, inquit Forcatulus *d. dial. 72. num. 1. nominatæ omnes juris sunt gentium, & innominatæ etiam. l. juris gentium 7. de pact.* at stipulatio nominata est conventio. *l. 1. §. fin. eod.* Est ergo juris gentium conventio. Quartò stipulatio non aliter contrahitur, quàm verbis, quàm per interrogationem & responsionem. *l. 5. §. 1. h. tit. l. 1. l. omnes. C. h. tit. l. 1. h. t. §. verbis. de action. & obligat.* Verba & usus interrogationis responsionisq; sunt juris gentium: tum quia nulla gens est, quæ verbis non utatur: tum quia jus civile (ut Forcatulus argumentatur) nomen accepit à civitatibus conditis, cũ quibus cœpit, & crevit. *§. singulorum. Inst. de rer. divisio. l. omnes populi. de justi. & jure.* † Primus autem mortali- 10
um Cain urbes ædificavit septem, ut scribit Philo Judæus in libro Biblicarum antiquita. Quis autem

credat sine adjumento hominum conditas has fuisse urbes, atque sine interrogatione, sineque responsione ad interrogata? cùm quilibet ei opem suam promitteret, & tigna hinc inde ferenda, coquenda, paranda, dolanda. Vixit autem Cain annos DCCXXX. teste Philone, aucto plurimùm genere humano. Sed & Nimrodus Babylona urbem ingentem paulò post diluvium exstruxit. *Ergo*, inquit, *si formam inspicimus; forma ejus antiquissima est, utique & anus admodum, quæ ætate Romam longissimè superat.*

11 † Quintò, si consensum spectamus, certum est, nullam stipulationem fieri sine consensu. *l. 1. in fin. vers. dummodo. h. tit. d. l. 1. §. verbis. §§. seqq. ff. de action. & obliga. l. 7. l. quicquid 99. h. t. l. 1. §. pen. ff. de pact.* Consensus autem sine dubio est à jure gentium. *d. l. ex hoc jure. l. 1. l. 7. ff. de pact.* Imò contractus omnes, qui consensu fiunt,

12 juris sunt gentium. *l. 1. loca.* † Sextò, quomodo lex potuit esse inventrix stipulationis, cùm per stipulationem prima lex facta sit? *l. 1. d. legib. §. lex. Inst. de jur. nat. gent.* an mater filiæ suæ gnata unquam esse potest? A Cicerone passim *rogatio* vocatur, eò quòd interrogaretur populus, an hancce legem ratam haberet?

13 † Septimò, si juris esset civilis, civili tantùm linguâ, h. e. Latinâ fieret, sicuti decreta magistratuum & testamenta. *l. decreta. ff. de re judic. §. item Græcè. Ulpian. in fragm. t. de fideicom.* Atqui non solâ fit linguâ Latinâ, verùm etiam Græcâ, Punicâ, Syriacâ, Germanicâ, Dalmaticâ, &c. *l. 1. §. fin. h. tit. §. in hac. Inst. h. t. l. omnes. C. h. tit.* non secus ac fideicommissum: quod ideò qualibet linguâ dari quit: quia civile & legitimum non est, ut hereditas: etiamsi moribus sit introductum: *l. fideicommissa 11. de legat. 3. d. §. item Græcè. Ulpian. de fideicommiss.* mores verò, juris civilis pars videantur. *l.*

qui-

quibus. de legib. §. fine scripto. Institut. de jur. natu. gen.
† Octavò, quæ facti sunt, juris naturalis, sive gentium habentur. *l. nec servus. ubi gloss. de pecul. Alcia. in l. quinque pedum. C. fin. regund.* Stipulatio autem facti est, ut voluit Alciatus *libr. 1. paradoxo. cap. ult. per l. 5. §. 1. h. titu.* 14
† Nonò, qualis effectus, talis causa: ex stipulatione etiam naturalis obligatio oritur. *gloss. & Dd. in l. 1. §. penult. h. t. W alterus d. cap. 11. lib. 1. miscell. vers. supra scriptis.* Ergo etiam à jure naturali profecta est stipulatio. 15
† Decimò, transactio juri gentium attribuitur; quia pactum est. *l. 1. l. 2. ff. de transact. l. 1. ff. de pact.* Fit autem transactio per Aquilianam stipulationem. *l. 4. ff. de transaction. l. 3. l. 4. l. 6. l. ut responsum, & c. C. de eod.* Itaque Aquiliana, & sic aliqua stipulatio, est juris gentium. 16
† Undecimò proferunt, *l. an inutilis 8. in fin. de acceptila.* ubi Ulpia. *Hoc*, inquit, *jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio: & ideo puto Græcè posse acceptum fieri, dummodò sic fiat, ut Latinis verbis solet:* ἔχεις λαβὼν ὅσα ἐπώλησα τόσα; ἔχω λαβών. Hunc textum duplici modo inducunt: primò à fortiore sive majore. Si acceptilatio, inquiunt, juris gentium est, utique etiam stipulatio erit: tum quia unumquodque eodem jure tollitur, quo colligatum est: *l. nihil tam naturale. de regul. jur.* tum quia plus est tollere & destruere, quàm componere & construere. Acceptilatione autem tollitur destruiturque stipulatio. Acceptilatio autem juris gentium est, affirmante Ulpiano *in d. l. an inutilis. §. fin.* Deinde, à simili: nam ex eo, quòd acceptilatio sit juris gentium, colligit Ulpian. quasi per infallibile argumentum: *ergo posse eam quoque Græcis verbis fieri*; ac si non id posset, si juris esset civilis. Atqui, inquiunt, stipulatio Græcis quoque verbis potest fieri: *l. 1. in fine. h. tit. l. blanditus 12. Cod. de fide jussò.* Igitur 17

18 hæc etiam juris gentium erit. † Postremò in libr. *Proverb. cap. 6.* præcipit vir sapientissimus: *Fili mi, si sponderis pro amico tuo, defixisti apud extraneum manum tuam: illaqueatus es verbis oris tui, & captus propriis sermonibus.* Unde colligitur, apud Dei populum, stipulationem, & hunc verborum contractum in usu fuisse, quo fidejussores acceperint juxta *l. 12. Cod. de fidejusso.* Et ne quis in verbo *sponsionis* ludat, cùm vox sit generalis, *l. sponsio 7. & ibi annotata. ff. de verbo. signif.* perpendamus, quæ sequuntur: *illaqueatus verbis oris tui:* quæ disertè probant, verbis sponsionem fuisse contractam, & verborum obligationem natam. Ex quo consequens erit, hunc cõtractum non esse civilem, quia non primùm sit à jure nostro civili, hoc est,
19 Romano inventus. † His ità jactis fundamentis conantur ea, quæ suprà pro communi sententia citavimus, infirmare. Respondent itaque *ad d. §. de constituta. Instit. de actionib. constitutum* esse prætorium: *Jas. ad Rubr. h. tit. nu. 13.* cumque conferri cum stipulatione, quasi cum contractu juris gentium, non à prætore, sed lege confirmato, ut eo respectu actio appelletur civilis, quæ ex ejusmodi lege confirmato contractu nascitur: esse omnes contractus origine suâ juris gentium; tantùm approbatione civiles. *Gloss. Schneidewin. num. 11. Instit. de oblig. Bart. ad d. l. ex hoc jure. num. 12. Jas. & Dd. ad l. 6. de pact. Bart. ad l. 7. eod.* Approbationem illam proficisci modò à lege XII. Tab. vel alia lege; modò à SCto, modò à constitutionibus, modò à prætore, modò à moribus. *Jas. in Rub. h. t. num. 10. 13. 14. & in d. l. 6. Bart. in l. 7. de pact.* Constitutum confirmasse prætorem. *L. 1. ff. de consti. pec. d. §. de constituta. Cujac. in d. l. 6.* & Jus civile κατ' ἐξοχὴν, sæpe *juris* illius *civilis*, quod legibus & constitutionibus cõstat,

respectu

respectu appellari *jus naturale, arg. l. jus autem civile 7. ff. de justi. & jur.* quia prætor sit naturalem æquitatem secutus. *l. 1. ff. de constit. pecun.* Sic etiam in *d. §. de constituta.* fieri. Alterum, quod illi non attingunt, ita fortasse dilui potest. Quo ordine Julius Paulus in libris ad edictum usus sit, obscurum & incertum esse: deinde *l. 1. ff. locati.* potiùs suppeditare argumentum, quo probetur, *stipulationem* juris esse gentium: quia *consensu fit.* Denique verbis contrahi non solùm stipulationem, sed & dotis dictionem & jusjurandum liberti, ut ita sit incertum, an potiùs de dotis dictione, vel jurejurando liberti, quàm de stipulatione sit locutus. † Ad tertium respondent: primò Hermogenianum agere de legitimis pactis: vel certè de approbatione universarum obligationum, quam jus civile fecit: quo respectu omnes obligationes ita approbatæ appellantur civiles. deinde distingui oportere inter obligationes & contractus: quasdam quidem obligationes civiles esse; nullos verò contractus: hos enim omnes juris esse gentium, quia consensu fiunt. Quartò *ad d. l. si ita stipulatur 126. §. Chrysogonus. h. tit.* respondendum dicunt, *stipulationem* opponi *naturali obligationi*, hoc est, ci obligationi, quæ naturaliter tantùm est ex numeratione nata citra juris civilis approbationem: atque ita non agere de *mutuo*, sed de *obligatione ex æquitate naturali*, jure tantùm gentium, non etiam civili *subsistente.* † Verùm his nihil obstantibus, communem sententiam credo verissimam. Quoties quæstio est, unde unumquodque jus sit, ex quo jure unusquisque contractus originem capiat, & quo jure censeri debeat; semper recurrendum est, nõ ad generis supremi, sed ad singularum specierum propriam formam, & perspici-

endum, unde & à quo jure eam integram accepit, idque patet *per homnes populi. de justi. & jur. Dd. in d.l. ex hoc jure. eod. & in l.1.l.7. per illos tex. de pact. l.1. de contrah. empt.* Si contractus aliquis formam à natura acceperit, semperque integram habuerit eandemque retinuerit peræquè apud omnes gentes, ut accidit emptioni-venditioni, locationi-conductioni, depositi, mutuo, commodato. *d.l. 7. de pact.* (Una enim eademque emendi vendendique, locandi conducendique, deponendi, commodandi, permutandi, mutuò dandi apud omnes gentes forma est, eademque ratione apud omnes sustinetur:) Talis, inquam, *contractus* procul dubio *juris* est *gentium:* idque definitio *juris gentium* verum esse docet. *§. jus autem gentium. Instit. de jur. natur. gent.* Si verò formam non habeat, vel certè non totam à jure gentium, nec ea apud omnes gentes peræquè custoditur, sed civili aliqua inventione ac judicio sit confecta ac confirmata (etiamsi aliquid ex jure gentium admixti habeat propter generis sui formam & affectionem) utique *juris* erit *civilis, per d.l. jus civile 7. d.l. omnes populi. ubi Dd.*
22 *de justit. & jur.* † Sic *testamentum* juris dicitur civilis, quia formam jure Romano habet partim moribus, partim prætorio jure, partim constitutionibus conflatam. *tit. Instit. de testamen. ordin.* tametsi genus illius, *ultima* scilic. *voluntas*, juris sit gentium & omnibus gentibus non ignotum. Sic *hereditas* juris civilis perhibetur, quia & lege defertur, & deferendi formam à lege suscepit, licet nec illius genus gentes lateat, quatenus scilic. est successio in jus defuncti: sed non solo hoc genere illud est, quod est, verùm potiorem partem à jure civili apud hunc vel illum populum accepit: igitur quo ad id, est juris civi-

lis;

lis; non certè sola approbatione, sed & conformatione, & ipsâ essentiâ. Sic *pœnæ delictorum* sunt juris plerunque naturalis, quia & moralis, quatenus moralis legis violatorem punire naturâ æquum est: modus autem pœnæ, forma & executio, legis dispositioni reservatur. *l.1. ad SC. Turpillian. l. aliud fraus. §. 1. l. penult. de V. S. cum ibi nota.* Pœna igitur propriè est civilis, & legalis, sive ex lege promanans, non juris gentium: quia formam suam, modum & qualitatem à lege habet puniente, *d.l.1.d.l.aliud fraus. §.1. d. l. si qua pœna. ff. de V.S.* licet genus pœnæ videatur & sit naturale. Neque enim in totum à jure gentium recedit, neque in totum sequitur lex civilis. *l. jus autem civile 7. ff. de justit. & jur.* † Forma dat esse rei, & po- 23
tissima rei pars est: à potiore autem uti fit denominatio, ita etiam generatio. *Neque intelligo*, inquit Jul. Cæs. Scaliger *in exercit. 61. ad Cardan. quomodo materia una ab alia diversa sit, nisi per advenientem formam, qua fit hoc aliquid. Non enim τὸ εἶναι, sed τῷ εἶναι variatur ejus essentia.* Stipulationis forma, de qua cap. præced. non est juris gentiũ; quia non perequè apud omnes gentes unquam observata, vel recepta fuit: sed civili & politica quadã ratione in Remp. Romanam invecta est. Natura sanè & jus gentium nullam desiderat verborum solennitatem, nullam verborum conceptionem, sed consensum sufficere arbitratur, *l. 1. ff. de pact. l.1. ff. de constitut. pecun.* nullam statuit differentiam inter promissionem assensu vel nutu factam, & quæ præcedentem interrogationem secuta est. Fidem gentes intuentur: fidem fallere æquè grave censent, si nudo placito negotium convenit, quàm si verbis. Stipulatio igitur cùm præter naturalem rationem constet civili solennitate & ratione; & in

ea substantiam figat; non est juris gentium, si formam spectes, qua illud est, quod est; sed juris est civi-
24 lis. † Argumenta pro hac sententia communi citatâ adversariorum responsionibus non infirmantur. Etsi quidem interdum κατ' ἐξοχὴν solet opponi jus civile prætorio, nulla tamen ratio est, cur id quoque dicamus fieri in *d. §. de constituta.* Ordo deinde, quem secutus est Julius Paulus à libr. 28. usque ad librum 34. ad edictum. ex quo *d. l. 1. ff. loca.* descripta est, satis probatur multorum responsorũ inscriptione. Nec satis firmamenti adduci potest, cur in *d. l. 1. ff. loca.* verborum obligationem, sive verbis factam, restringere debeamus ad solam dotis dictionem, vel juramẽtum liberti, exclusâ stipulatione: tum quòd dubitari possit, num dotis dictio civilis fuerit (quanquam hoc magis esse videatur) nécne: tum quod, verbis fieri, sæpius de stipulatione κατ' ἐξοχὴν profertur, quàm de liberti juramento vel dictione dotis, ut in proœmio suprà. De Hermogeniani responso hoc addo: non propterea, quia obligationes, vel contractus à jure civili comprobantur, etiã continuò censentur, vel contractus, vel obligationes civiles, si quæstio sit de origine: alioqui omnis obligatio, omnis contractus esset juris civilis: tam ex mutuo, deposito, commodato, locato, conducto, mandato: quia hi omnes contractus à jure civili sunt approbati, *l. 1. l. 7. de pact.* quod ineptum est: quia juris gentium esse testatur Ulpian. *in d. l. 1. & d. l. 7. de pact. l. 1. ff. de empt. vend. l. 1. ff. loca.* Deinde per obligationes Hermogenian. non intelligere duntaxat obligationes (quasi omnes quidem contractus sint juris gẽtium, obligationes verò ex his natas, aut quasdam aut omnes juris esse civilis) satis ipse contextus arguit; dũ

exem-

exempla contractuum ponat, & per illa regulam faciat; cui exceptionem subnectit: ait enim, *emptiones-venditiones, locationes-conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ à jure civili introductæ sunt.* neque hæc exceptio ad solum verb. proximum, *obligationes*, revocari potest: sed ad omnia præcedentia, quatenus illa regulam hanc constituunt: *causæ dominiorum ac possessionum, itemque commerciorum & obligationum à jure gentium sunt introductæ.* Repugnat igitur objecta interpretatio verbis ac menti JCti Hermogeniani: imò implicatam habet contradictionem, quòd dicunt, obligationes aut omnes aut quasdam esse civiles, ut Forcatulus voluit. Uterque sensus Hermogeniano simul & semel non convenit. Si alterutrum intellectum malit; jam obstat, quòd non omnes obligationes, veluti ex pacto & multis aliis casibus, sint civiles, sed naturales tantùm, ut prolixè Dd. & Schneidew. *ad tit. Inst. de obliga.* Item si tantùm quædam sunt naturales, omnes alioqui civiles; & ita Hermogen. responsum exponendum; non oportuisset Hermogen. eo modo quo fecit, regulam ejusque exceptionem concipere: sed quod exceptionis loco posuit, regulæ vicem sustinere deberet. Denique Gajus & Justinian. *in d. §. jus autem gentium. Inst. de jur. natu. gent.* nominatim *contractū* appellant, quod Hermogen. *emptiones-venditiones, locationes-conductiones & obligationes.* Tandem JCto *in d. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. h. tit.* manifestam vim ista interpretatione inferūt. Agere JCtum de *mutuo* numeratione *contracto*, ex facti specie & cōtextus ordine, palàm est. Zosas Quintilliani libertus mille denarios mutuo dedit Flavio Candido impersonaliter, h.e. neq; suo, neq; Quintilliani patroni sui nomine expresso;

eamque Kalendis Novemb. reddi stipulatus est, sed nominatim Quintilliano patrono ejusque heredibus: quòd si patrono reddita non sit, neq; ei hoc nomine Kalend. Novemb. satisfactum, tum in singulos menses, quibus satisfactum non esset, stipulatus est usuras, nempe in singulos menses octo denarios, sed rursum impersonaliter, h.e. ut neque sibi, neque patrono eas disertè stipularetur. Circa hanc facti speciem duæ oriebantur quæstiones; una de sorte, altera de usuris. Circa sortem rursum duplex quæstio resultabat, una de patrono Quintilliano, altera de ipso Zosa liberto. De patrono quærebatur, haberétne acquisitam ex illa liberti stipulatione & numeratione actionem? Dubium faciebat, quòd nominatim patrono Quintilliano stipulatus erat Zosas, & quòd rem ejusdem Quintilliani agebat. At non solùm quid dictum, sed & quid actum sit, in contractibus est inspiciendum: *l. semper in stipulationibus. ff. de regul. jur.* quippe quod in contrahendo agitur, pro cauto habendum est. *l. 3. de reb. cred. si cert. pet.* Sed Paulus ostendit, *neque numeratione, neque stipulatione patrono in hac facti specie per libertum acquisitam esse obligationem vel actionem.* Ex stipulatione non; quia homo liber homini libero, cujus potestati subjectus non est, stipulari nequit. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. l. inter stipulantem. h.t. §. alteri. Inst. de inut. stipul. ut pluribus infrà.* ex numeratione non; quia patroni nomine nō numeravit, neque rem patroni se agere professus est, dum numerabat, sed solummodo dum stipulabatur patrono reddi. Etsi verò ex istis contractibus, qui re fiunt, possumus interdum alteri obligationem acquirere, veluti per numerationem ex mutuo cōdictionem, *l. 4. l. non unde 7. vers. si ut propriam numeravit. Cod. si cert.*

cert.pet. l.certi 9. §.si nummos.de reb.cred.si cert.pet a.l.quòd procurator. ff. de procura. l. 1. l.2. l.ult. Cod. per quas person. nob. acquir. ex depositione, depositi actionem, *l. die sponsaliorum. §.1. l.Publia. ff.depos.* vel ad exhibendum, *l. pen.ff.ad exhiben.* aut in factum actionem: *l.si cùm venderet 13.ff.de pigne.actio.* id tamen non aliter verum est, quàm si nominatim hoc sit actũ,&ejus nomine numeratum, vel depositum, aut traditum, cui quæsitã volebamus actionem. *d.l.certi 9. §. nummos. cum ibi notatis à Bart. Jason. Donello & aliis. Donel.in d.l.si ita stipulatus 126.§.Chrysogonus.h.tit.ibid.Zas.nu.1.post Paul.de Castris & Alcia.facit d.l.4.ubi Salyc. C.si cert.pet a.* Quod in tantum verum esse affirmat Paulus, in *d. §.Chrysogonus,ut patrono ne quidem tanquam solutionis causa adjecto rectè solvatur:* quia hac mente libertus non est stipulatus pecuniam patrono reddi. Neq; verò pro cauto haberi potest, quod actum non est, neq; voluit is, qui quid egit. *d.l.3. l.si ego 18.ff.si cert.pet a.d.l.semper in stipulationibus. de regu.jur.l.quicquid 99.h.tit.l.in omnibus 55.l.in omnibus 53. ff. de action. & obligat.* De liberto in quæstionem veniebat, ánne ipse ex illa stipulatione vel numeratione suo nomine de sorte repetenda actionem haberet? Respondet Paulus *ex stipulatione conditionem libertum non habere*, quia non sibi, sed alii reddi stipulatus sit, neque sibi stipulando voluit actionem acquirere, sed alii: quod cùm non potuerit, facilè apparet, quòd inutiliter stipulatus sit Quintilliano patrono sortem reddi, quia nec sibi hæc profit stipulatio, nec patrono: *ex numeratione*, i. e. ex mutuo tamen habere libertum condictionem: *neque enim naturalem*, h. e. ex numeratione priùs ortam obligationem consumptam esse *per subsequentem civilem*, hoc est, per stipulationem. Mutuum quippe contra-

hitur ex numeratione, *l.2.§.in mutui.d.l. certi 9.§.si nũmos.l.nam etsi.l.non omnis. ff.de reb.cred.si cert.pet.& consumptione : l. rogasti. §. fin.l. seq.l.non omnis.in princ. & §.1. ff.eod. l.2. l.4.l.6. C.si cert.pet.* modò utrinque animus fuit contrahendi mutuum : *l.si ego 18.ff.eod. d. l. in omnibus 55. d. l.in omnibus 57.ff. de action. & obligat.* fuisse autem hunc animum utrique, & Zosæ liberto & Flavio Candido, discrtè literis continebatur ; idque actum apparebat : ideoque etiam pro cauto reputabatur *juxta d.l.3.ff.de reb.cred.si cert.pet.a.d.l.semper in stipulationibus,d.l.quicquid 99.h.tit.* ex his ergo,& vers.*plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum à naturali obligatione*, satis perspicuum est, Paulũ testari *mutuum* origine sua *naturalem*, hoc est, juris gentium, esse *contractum*: quia naturali actu, numeratione scilicet, constituitur: *stipulationem* contrà *civilem* esse, utpote quæ sæpè naturalem illam ex numeratione ortam, consumat : quia quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, *non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum.* Atque ita ex prima parte & primæ quæstionis decisione, hoc, quod volumus, convincimus, nempe *stipulationem* esse *civilem*, & civili jure constitutam ; quia opponitur naturali contractui *mutuo*, quod juris gentium perhibetur, etiamsi sit jure civili approbatum. Satis itaque nobis esset hæc perstrinxisse, quo ad hoc nostrum propositum : Sed ut perficiamus *d.§. Chrysogonus.* interpretationem, nunc de altero ejus membro sive de altera quæstione, quid statuat Paulus, paucis videamus. Dixi, circa illam facti speciem duas fuisse ortas quæstiones ; unam de sorte, quam hactenus tractavimus ; alteram de usuris ; an, & cui obligatio sit quæsita ex illa impersonali usurarum

stipu-

ſtipulatione? Reſpondet ad hanc quæſtionem in verſ. ſequens. Paulus, *valere ejusmodi ſtipulationem liberti, ut ipſe ex ea agere poſſit:* quia illi uſuras ſtipulatus eſt, cui ſors debetur: Sors autem ipſi liberto numeranti ſolvi debet, ut modò dictum eſt: igitur & uſuras petet, vel certè patrono cedere debet hanc actionem, ſi & ex mutuo ceſſerit, nomenque ratum habuerit patronus, *argument. l. 4. Cod. ſi cert. peta.* Hæc genuina, meo judicio, eſt & facti ſpecies & interpretatio, *d. §. Chryſogonus:* alioqui difficillimi, & à Dd. in diverſas partes agitati, ſicuti Zaſ. Alcia. & Caſtrenſ. ibidem querulantur: ut mirum non ſit, cur quidam exiſtimaverint *in d. verſ. planè ſi præcedat.* non probari, quòd ſtipulatio ſit civilis, & jure civili prodita: cùm tamen id maximè probet. Porrò non obſtant illa, quæ iſti objiciunt: primùm eorum argumentum ex eo ſatis infirmatur, quod pluribus probavimus, ſtipulationem non eſſe juris gentium: nec illi probant eſſe: imò ſatis exceptus eſt hic contractus à regula Hermogen. *in d. l. ex hoc jure. per d. §. Chryſogonus.* & ſimilia fundamenta. Sic & alterum infirmatur per verba Hermogeniani: dum ait, *emptiones-venditiones, locationes-conductiones & obligationes.* quaſi dicat, cæteras omnes ex ejusmodi conventionibus negotium habentibus ortas. Patet enim, Hermogenian. regulam conſtituere per exemplorum enumerationem: enumerat autem contractus, non obligationes ex contractibus: & verſ. obligationes per metonymiam ſubjicit, effectum ponens pro cauſa: Deinde per iſtam interpretationem, quam Forcatul. & alii *d. l. ex hoc jure.* affingunt, vim inferri JCto, & verbis per ſe manifeſtis ſuprà oſtendi. Committit ergo Forcatul. hac in

parte elenchum malæ interpretationis, item divi-
25 sionis & compositionis. † Ad tertium respondeo, laborare imperfecta partium enumeratione: quia quædam etiam nominatæ conventiones sunt juris civilis; ut de stipulatione modò ostendimus, cui adde literarum obligationem, dotis dictionem, jusjurandum liberti, sponsalitiam largitatem, & emphyteusin: de quibus singulis suo loco, & tempore. Deinde regulam confundit cum exceptione: etenim quasdam excipi & Hermogenian. & Justinian. probant: & quæstio est, num verum sit illud, quod Hermogenian. & Justinian. volunt: hoc est, Sintne aliqui contractus nominati vel innominati à jure civili introducti? Forcatul. ergo pro concesso ponit quod est in quæstione: atque ita commit-
26 tit petitionem principii. † Denique conjungenda est *l. 5. ff. de pact. cum d. l. 7. ff. eodem.* Etenim *in d. l. 7.* prosequitur illam cõventionum divisionem, quam in *d. l. 5.* proposuerat. Dixerat enim, conventiones esse aut publicas aut privatas: privatas rursum legitimas aut juris gentium: legitimas esse *in l. 6. de pact.* ex Paulo docetur, quæ vel lege sunt constitutæ, vel cùm jure gentium negotii formâ & propriâ actione careant, per legem, SCtum, constitutionem, & jus prætorium aut interpolatæ, aut propria forma donatæ, quam beneficio juris naturalis, sive gentium non acceperant: mox *in d. l. 7.* declaratur altera privatarum conventionum species, cui legitimę, i. e. civili jure constitutæ vel corroboratæ conventiones opponuntur, *in d. l. 5.* ut ita nihil aliud *ex d. l. 7.* probetur, quàm hoc ipsum, *privatas juris gentium conventiones, aut in generis sui formâ subsistere & nudas esse conventiones tantumque exceptiones parere, aut aliquid amplius as-*

us assumere, nempe negotii formam, atque ita actiones producere: & has rursum *nominatas* esse *vel innominatas*. Et unius autem speciei tractatione ac subdivisione non continuò removetur altera species, quasi nulla talis sit: non enim, quòd pisces squamosos per sua genera ordine recensèt Aristoteles, propterea negat quosdam carere squamis: non quia conventiones juris gentium privatæ producunt aut actiones, aut exceptiones: ergo aut nullæ sunt publicæ conventiones juris gentium, aut si sunt, non producunt actiones vel exceptiones: ἀδύνατον. Pari modo & illud Forcat. *ex d.l.7. de pact.* argumẽtum est inconsequens propter *d.l.5. & l.6. ff. de pactis.*† Quartum quoq; multis laborat vitiis. Primò, non quælibet verba, non quælibet interrogatio & responsio stipulationem constituit, ut nec quilibet consensus, aut quodlibet placitum, pactum est. *Dd. ad l.1. ff. de pactis:* alioqui etiam consentientium philosophorum de aliquo placito philosophico assensus esset pactum, esset conventio publica vel privata: quod absurdum est. Sed quemadmodum *idem placitum* in pacti definitione pro re subjecta est accipiendum de tali *placito*, quod *obligandi promittendiq;* sensum habet: ita etiam *verba*, item *interrogatio* & *responsio* per se & absolutè non constituunt stipulationem, sed tum demum, si animo contrahendi commerciumque exercendi intercedant. Deinde si sola verba, si sola interrogatio & responsio constituerent stipulationem, nullum pactum posset per interrogationem & responsionem contrahi, & omne negotium, quod verbis tractaretur, esset stipulatio: cum contrà sæpè etiam interrogando respondendoque pacta, *l.7. §. quod ferè. ff. de pact.* & alii contractus fiant. *l. si stipulor 35. §. 5. h.t.* De- 27

nique stipulationis forma non fuit in illâ operarum promissione, in illâ interrogatione & responsione, de urbibus condendis, de cæmentis & tignis, lateribusq; coquendis &c. Nam genere stipulationis carebat: neq; ut talis contrahendi forma esset specialis
28 ac propria, tum temporis agebatur. † Ad quintum venio: Omnibus sane cõtractibus hoc naturâ inest, ut non aliter, quàm consensu fiant: sunt enim conventiones, & nisi conventiones sint, contractus esse nequeunt, *l.1. de pact.* Sed quemadmodum hæ conventiones, quia non uno fiunt modo, in plures diversas species transeunt, ita quoq; aliâ atq; aliâ formâ consensus ille peragitur: aliâ formâ & modo cõsentimus mutuum dando, deponendo, pignus dando accipiendoque; tum quia sine re nudus consensus non sufficit, tum quia consensu res alio atq; alio fine datur: aliâ similiter formâ & modo cõsentimus emendo vendendoque, locando conducendoque, *ut cap. præced. & in Rubr. prolixius.* Sic & stipulatio solo consensu non fit: nam quod consensu fiet, nec aliter; generis beneficio habet: ut verò consensus ille verbis intercedentibus perficiatur, nec aliter fiat; id beneficio formæ habet, quam à jure civili accepit. *d. l.1. §. verbis. de actionib. & obligat. l.1. h.t. & quæ cap. præced. sunt annotata.* Malè itaque ab eo, quod sõlius generis est, colligitur alicujus qualitatis à specie remotio: cùm plus sit in specie, quàm genere: ac proinde, cùm *in d. l.1. ff. locati.* JCtus agat de iis contractibus, qui solo consensu perficiuntur, consequens est, committi in illo argumento *ex d. l.1.* petito, elenchum æquivocationis, & quod κατὰ τὸ dictum est, ἁπλῶς malè accipitur: quia non de omni consensu, sed de certâ quadam consensus specie JCtus differit in *d. l.1. loca*

† Sextum

† Sextum quoq; ludit in verborum æquivocatione, & dicto secundùm quid, quasi illud simpliciter prolatum esset. Nam non omnis rogatio, & ad eam facta responsio, est stipulatio: nec in ea conceptione simpliciter consistit, *ut cap. 1. diximus*: Deinde quando lex definitur, communis Reipublicæ sponsio, *l. 1. ff. de legib.* & quam magistratu senatorio rogante populus jussit, vel tulit: *§. lex. Instit. de jur. natur. gent.* non hoc innuitur, quòd sit facta per contractum, quem appellamus stipulationem: sed per suasionem senatoriam vel honorariam, & subsecutum populi jussum. Equidem stipulatio non fit promissoris jussu, sed sponsione. Denique vox *sponsio* generalis est, neque solùm significat sponsionem, sed omnem omnino promissionem, *ut ad l. sponsio 7. de verbor. & rer. signif. annotavi.* 29

† Septimum eliditur hoc modo: quia initio, antequam D. Antoninus omnes in orbe Romano viventes jusserat cives esse Romanos, *l. in orbe. ff. de stat. homi.* nō poterat stipulatio aliâ linguâ, quàm Latinâ & Græcâ fieri. Nam Græcam linguam Romani dudum & ab ipso ferè urbis principio civitate donaverant, eò quòd Græcos minimè barbaros, seque & leges suas à Græcis originem habere arbitrabantur. Quam etiam ob causam Græciam non redigebant in formam provinciæ, nec libertatem adimebant, sed in eam vindicabant, ut ex Livio *dec. ad. 4. lib. 3.* percepimus. Deinde Zenonis constitutio permisit, ut qualibet linguâ possit fieri; quia quibuslibet linguis in orbe Romano existentibus civitas jam esset data. *Omnes. C. h. t. §. 2. Instit. h. t.* Quorsum hac speciali Zenonis constitutione rigorem juris civilis remittente opus fuisset, si juris gentium contractus foret; si naturâ suâ primævâ potuisset quali- 30

bet linguâ fieri? Sunt sanè singulis populis suæ linguæ, sed singulis singulæ populares, ac proinde civiles, *arg. l. omnes populi. de justit. & jur.* Cùm igitur apud Romanos olim nullâ aliâ, quàm civili linguâ contrahi potuerit, ex eo manifestum est, hunc contractum non esse juris gentium: quia non omnium gentium consensu hæc forma huic contractui erat
31 data. † Ad octavum respondeo: imò non omne, quod facti est, continuò est juris naturalis: alioquin etiam testamenti factio & actus testandi solenniter, & multa alia juris essent gentium, non juris civilis. Deinde stipulatio actu contrahendi quidem facti est, ut omnes sunt contractus, quia fieri nequit sine conventione, sine contractu habito: forma tamen ipsius, qua fit & perficitur, planè est juris, non facti: nam à jure habet, & jure consistit, teste Jasone & eodem Alciato. Ideoque minor simpliciter vera non est. † Nonum infirmum apparebit
32 ex capite, de effectu: etenim si naturalem produceret obligationem, inutilis stipulatio utile pactum haberet: sed non habet. *ut cap. 3. num. 197. 198. & seqq. docebitur.* Deindè, quatenus largiremur, naturalem quoq; eandem esse obligationem, quam hic contractus producit, tamen hunc effectum produceret generis sui beneficio: non propriâ formâ & absolutè. Denique civilis obligatio neque naturalis appellatur neque naturali opponitur, nisi à Dd. alibi docendi causa, ut suprà probatum est. Negandâ igitur est minor. Ad decimum: Non esse transactionis partes, stipulationem & acceptilationem; sed transactioni, tanquam pacto, accedere: item modos esse transigendi. *l. 4. ff. de transactio*: modos autem illos, ut plures transactionis species non constituunt,

sic

sic nec novam illi originem induunt, quàm qualem naturâ suâ initio sortita est. † Ad *l. an inutilis 8. in fin. de acceptilationib.* quæ undecimo loco objicitur, variè adferuntur responsiones, de quibus Nicola. Mozzius *in colum. stipulatio. 1.* sed ostendi suprà *capit. 1.* acceptilationem non esse stipulationem; quia nec contractus est, sed distractus. Deinde usus quidem ejus est, non solùm ut tollat obligationem civilem verbis contractam, verùm etiam quamlibet aliam, etiamsi sit juris gentium, sive re contracta, sive consensu: sed ita demum, si hæc juris gentium obligatio priùs per novationem fuerit in stipulationem, quæ ab inventore suo Aquiliana dicta est, transmutata: hæc tandem nova obligatio acceptilatione tollitur. *§. item per acceptilationem. Institut. quibus modis tolli. obligat. leg. eandem. §. 1. ff. de acceptilat.* juxta regulam *in dict. leg. nihil tam. ff. de regul. jur. & in dict. leg pro. ut. ff. de solutio.* propositam. Atque ita apparet, usum acceptilationis convenire tam civilibus, quàm juris gentium obligationibus tollendis: sed alio atque alio modo. De hoc usu differit Ulpian. *in dict. leg. an inutilis 8. §. fin.* Ostendit autem, patrem non posse acceptum rogare id, quod filiusfam. contraxit, ut ipse filius liberetur: idem nec dominum posse: quia neuter promiserat stipulanti, vel mutuanti: sed nec filiumfam. nec servum posse patris ac domini obligationem, quam ipsi contraxissent, acceptam rogare in hoc, ut ipso jure pater ac dominus liberentur, nisi novatione accedente, *leg. & per jusjurandum 13. §. tutor. leg. penult. de acceptilatione.* At contrà si filiusfamilias & servus, illud quod ipsimet contraxerint, acceptum rogarent; & sese & eos, in quorum potestate sunt, à prætoriis quo- 33

34 que actionibus liberare. † Nam qui cum filiofam. vel servo ex peculiari causa, vel præpositione, *Cujac. obser. 11. lib. 8.* contrahit, duos habet reos, & ipsos contrahentes, & eos in quorum sunt potestate: illos ex ipso contractu, hos prætorio jure & prætoriis actionibus, propter naturalem rationem: *tit. Institut. quod cum eo qui in alter. potest. tit. Dig. & C. eod.* Cur autem & se, & eos, sub quorum sunt manu, liberent, ejus rei hanc Ulpian. *in d. l. an inutilis. §. fin.* reddit rationem; *quia*, inquit, *hoc jure utimur* (h.e. usus acceptilationis in jure is est) *ut juris gentium sit acceptilatio* (hoc est, ut acceptilationis usus etiam sit in tollendis juris gentium obligationibus: ergò multò magis in prætoriis actionibus removendis, utpote accessoriis) *& ideo, &c.* Quia tamen usus ille (ut dictum est) non aliter proficiscitur in juris gentium obligationibus, quàm novatione intercedente: nec potest acceptilatione ulla alia obligatio jure tolli, quàm quæ verbis est contracta. *d. l. an inutilis. §. acceptum. d. l. si acceptilatum 19. de acceptilat.* Ideoque adhuc est & manebit, origine, forma, & fine suo juris civilis: quippe diversitas usus non operatur originis diversitatem. Deinde vers. *§. & ideo*, idem sonat, ac si dicas, *proinde*,
35 *deinde*, *denique*, *sed etiam atque etiam*. † Non enim peregrinum est in lingua Latina, ut rationales conjunctiones transeant in vim copulativarum, aut connexarum, vel sint expletivæ. & quamvis largiamur, ipsa verba esse propter rationalem conjunctionem *ideo*, illativè accipienda: nihil tamen obessent: siquidem hoc saltem inferrent: *si usus acceptilationis est juris gentium, ut ita non solum contractus civilis, sed etiam gentium tollat: Gracis ergo verbis etiam fieri potest, quia sine novatione Aquiliana non contingit hac acceptilatio.* Præ-

tereà

terea acceptilationem origine non esse juris gentium, ex eo patet: quia jus gentium tam exactam formam & conceptionem non attendit; consensu contentum est, eoque nudo, ut in pactis videmus.
† Denique, dato (citra tamen veritatis præjudi- 36
cium) acceptilationem juris esse gentium: non tamen hinc effeceris, stipulationem quoque juris esse gentium. Etsi quidem non inficior, unumquodq; eodem modo tolli, quo constitutum est; tamen illud ipsum refertur ad similitudinem materiæ, & formæ, qua unumquodq; contractum & actum est: veluti, quod re colligatum, re quoq; debet dissolvi, quod consensu, similiter dissensu finietur: quod literis, per literas tolletur, *d.l nihil tam. d.l. prout*, minimè verò origine eâdem hoc jus prodire oportet: alioqui mors hominis à Deo promanaret, & à Deo esset creata, quia & homo hominisque vita ab illo creabatur: & ædificium ab architecto confectum, non posset à rusticis vel militibus destrui: alioquin etiam solutio omnis non esset juris gentium, sed civilis: quia omnem omnino obligationem tollit. *§. fin. Institut. de perpet. & tempor. actio.* Ita, inquam, sæpe videmus, aliam originem esse causæ constituentis, aliam destruentis. † Postremum, quod objiciebā- 37
tur, nihil facit, si definitionem juris civilis ponderaverimus, quæ est *in l. omnes populi. ff. de justit. & jure:* aut igitur de simplici loquela sunt illa verba intelligenda: quippe quæ in foro Dei tantum præstat, quantum juramentum, *ut ex Matth. 5. Canonistæ eliciunt*: aut hoc saltem consequens sit, cùm & Dei populus partim communi omnium gentium, partim proprio suo jure usus sit, fuisse illam verborum spōsionem & apud Israëlitas, si quam formam proprii

contractus apud eos habuit, contractum, non juris gentium: quia apud cæteras gentes peræquè non obſervabatur, ne quidem apud Græcos olim: ſed juris civilis: & cùm hunc contractum ſoli Romani poſt hunc Dei populum conſtituerint, nec tamen ab eo acceperint, etiam apud Romanos juris civilis eſſe. Nam jus gentium non ex unius atque alterius populi obſervatione (quia id ſolius eſt juris civilis: *d. l. 7.*) ſed omnium ferè gentium conſenſu & æquali uſu definitur. *§. jus autem. Inſtitut. de jur. natur. gent.* Maneat igitur, ſtipulationem à jure civili procreatam & factam eſſe.

II. CONCLUSIO.

38 *ETſi† nullum ſpeciale teſtimonium exſtet, qua lege aut Senatusconſulto, edictóve, ſtipulatio ſit introducta, & multi eam ferant acceptam conſuetudini, ſive moribus: probabilius tamẽ videtur, Romulum primum apud Romanos legislatorem ſanxiſſe, ut ſi Romani verbis contrahere vellent, id non facerent quibuslibet, ſed ſolenni interrogationis ac reſponſionis conceptione: eamq; legẽ poſtea in XII. Tabulas à decemviris cum cæteris Romuli legibus eſſe relatam.*

39 † Meminit quidem Cic. *in Offic.* & Priſcian. *lib. 8. 6. 2. ex Sueton. lib. 4. præto.* & rurſum *Cic. de natur. Deo. lib. 5.* Pompon. Lætus *de legibus Roma.* Cujac. *ad Rubric. de dol. mal. & de minorib. & obſerv. 33. lib. 19.* Legis Lectoriæ ſive Lætoriæ (ut quibusdam placet legere) qua lege jubentur curatores dari minoribus; & ne quis à minore ſtipuletur: & generaliter de dolo malo, ut ex privata cauſa de eo publicum eſſet judicium: quod

tamen

tamen hodie abolitum. Sed non propterea sequitur, hunc contractum per illam legem primùm esse constitutum: imò testatur potiùs jamdudum in usu fuisse: cùm illud prohibeat deinceps fieri, quod hactenus plurimi usurpabant. Creditur autem lex Lætoria, sive Lectoria lata in primo, vel certè secundo bello Punico. † Deinde Cic. *de Offic. lib. 3.* memi- 40
nit; *lege* XII. *Tabul. satis esse cautum ea præstari, quæ essent linguâ nuncupata.* (hoc est, quæ responsione ad interrogationem linguâ facta essent promissa) *quam legem* †*Ctitea amplificarunt ut etiam adjecerint pœnam reticentiæ.* Quæ pœna reticentiæ non erat ex lege XII. Tab. vel aliquo edicto, sed ex mediæ Jurisprudentiæ doctrina. Quòd si ergo alibi lex XII. Tab. digitum in stipulationem intendit, eam quoq; ex alia lege, quæ ætate esset major, sumpsisse patet. Et quamvis sint, qui hunc Cicer. locum de pactis servandis interpretantur, cùm *lib. 1. de oratore*; similis forma loquendi referatur, sed ita ut *scripti*, non *linguæ* mentionem faciat: tamen repugnat, quòd pacta lex XII. absolutè non confirmavit, sed quædam tantùm; ut de membro rupto ossèq; fracto, de furtis, & quibusdã similibus. *Duaren. Cujac. & alii ad l. 6 ff. de pact. Borcholt in tractat. de pact. cap. 2. in 2. divisio.* Item quòd pacta propriè linguâ nuncupari non dicuntur, sed placuisse nexum esse, sive facere: imò *lib. 1. de orato.* Cic. agit de testamento; *de offic. 3.* non de testamento, sed contractibus differit. † Porrò à Romulo, ut nuptiæ per 41
coëmptionem & farre fierent, constitutum est: *Dionys. Halicarnas. lib. 2. antiquit. Roman.* ut usu quoque contraherentur à decemviris legi XII. Tabularum accessit. Utroque modo solennia & per interrogationem responsionemque concepta verba require-

bantur, teste Ulpian. *tit. 9. in fragm.* & Boëtio *ad Topic. Ciceron.* Servio *lib. 4. Æneid.* Arnob. *lib. 4. adverf. gentes.* Anton. Gubert. Costan. *de matrimon. cap. de ritu nuptiarum. 76. 77. 78. 79. 80. 81.* Nam sese coëmendo interrogabant: vir ita, *an sibi mulier materfamilias esse vellet?* vel, *Tu mihi Caja materfamilias eris?* Illa respondebat; *velle*, vel, *ero*, vel *promitto*: Item mulier interrogabat; *an vir sibi paterfamilias esse vellet*; sive: *Tu mihi Gajus paterfamil. eris?* Respondebat ille, *se ei patremfamilias esse velle*: atque hoc modo mulier conveniebat in manum viri per hanc responsionem & mutuam stipulationem. Esse autem stipulationem, & per stipulatum factam conventionem, ex Plauto, Terentio, Boëtio, Servio, & aliis, item Gellio *capit. 6. lib. 18. noct. Attic.* Ulpian. *d. tit. 9.* passim constat. Sic enim *per far*, ut ait Ulpian. *d. tit. 9. convenitur in manum certis verbis & testibus decem præsentibus, & solenni sacrificio facto, in quo panis quoq; farreus adhibetur:* qui mos contrahendi matrimonium solis pontificibus conveniebat, tautore Boëtio *in Topi. Cicer.* † Nec impedimento est, quod Wesenbec. voluit, potius videri à prætoribus stipulationes inventas: quia judiciorum firmandorum causa quamplurimas stipulandi formas confecerunt, & edicto suo approbârunt: ut *l. 5. hoc t. l. 1. ut tot. tit. de prætor. stipulatio.* videre est: Etenim non tam primùm invenerunt prætores, quàm priùs inuentæ stipulationis usum ad forum & judicia publicè transtulerunt: ideoq; stipulationem formulæ quædam vocantur conventionales, eo quòd contractus sint, & quidem in simplici hoc suo commerciorum genere subsistant: quædam verò prætoriæ, judiciales, & communes: *d. l. 5.* quasi ejusmodi, quæ in solo commerciorum genere non permanent, sed

42

eo

eo amplius rebus judicialibus inserviunt. Genus autem ut notione causarum primum est: ita quoq; oportet antecessisse conventionales stipulationes, antequam ulla esset prætoria, vel judicialis aut communis. Deinde prætores jus legitimum & merè civile non constituunt, neq; tantam potestatem habuerunt, ut contractum publicè efficerent, qui cõtractus non esset; alioquin etiam *constitutum* fecissent contractum, ut multi malè arbitrati sunt. Deniq; conventioni à prætore constitutæ & confirmatæ, opponitur stipulatio, tanquam obligatio civilis, h.e. maximè civilis & lege introducta *in d. §. de constituta. Instit. de actionib. l. 1. l. 2. ff. de novat.* Non igitur inventio & introductio confirmatioq; stipulationis potest prætoribus attribui.

III. CONCLUSIO.

Conservatur † hic etiam contractus per jus civile, nec eum aboleri patitur. 43

Hæc conclusio eo ipso probatur, quia non probatur contrarium: & quod mutatum non invenitur, cur stare prohibetur? *l. sancimus. C. de test.* Nullibi jus hunc cõtractum sustulit ut sustulit dotis dictionem, ut sustulit veterem nominis faciendi rationem, ut sustulit nudum jus Quiritium, & multa alia. Imò ne quidem substantiam ejus transmutavit, aut interpolavit *in leg. omnes 10. Cod. hoc tit.* Sed tantummodò declaravit ejusque usum longè uberiorem fecit. Imò ne testamenta quidem cessârunt juris esse civilis, quòd circa solennia nonnullam passa sint interpolationem & declarationem, cùm per eam res ipsa, & propria forma civili jure constituta non sit absorpta, sed venustior, com-

modior & prolixioris usus facta, ut patet ex *tit. Instit. de testam. ordinan.* Sed nec jure illo regio, de quo Anton. Gomez. *tom. 2. variar. resolut. cap. 9. num. 3. vers. hodie tamē de jure regio.* sublata est stipulatio. Aliud enim est lege efficere, ut stipulatio in aliquo actu necessariò non requiratur; aliud verò, stipulationem à foro relegare, & abrogare. *arg. d. l. sancimus. C. de testam. l. derogatur 102. de verb. significat. cum ibi notat.* Jus autem illud regium hoc tantummodò constituit, ut non in omni actu sit necessaria stipulatio, quo jus ciuile commune eam requirebat: quia indistinctè facit oriri actionem ex pollicitatione, vel quolibet nudo ac simplici pacto, sive ex qualibet promissione, hoc est, ex nudis quibuscunq; pactis & pollicitationibus legitima fecit pacta: ut propterea in illo regno non sit ita frequens & necessarius usus stipulationis: quemadmodum ejus est jure communi.

44 † Deinde hoc quoq; observandum, etiamsi maximè lex illa regia abrogasset stipulationem, non tamen correxisset jus civile Romanum, sive commune: sed ei tantùm intra fines illius regni derogasset: quippe statutum loci locum statuentis non egreditur. *arg. l. fin. de jurisdict. om. jud. l. 1. C. de suspect. tuto. c. ut animarum. de constitut. 6. Andr. Gail. obser. 124. num. 4. 5. 6. 7.*

45 *& seqq. lib. 2.* † Idem statuendum erit ex mente Bald. *ad leg. 6. vers. tertio quod idem est. de pact.* & Alciat. *ad rubric. hujus tit. in lectio. Avenion. num. 16. 17. & 18.* circa jus Canonicum, etiamsi largiamur (de quo nunc non libet differere) verum esse, quod tradunt Canonistæ, ex quolibet pacto jure Pontificio oriri vel actionem, vel officium judicis, *in c. 1. c. 3. extra. de pact. c. judicante. extra, de testam. c. quicunq; suffragio 12. quæst. 2.* quia Deus non faciat inter simplicem loquelam & juramen-

ramentum differentiam. *c. juramenti 22. quæst. 5. c. prædicandum 22. quæst. 1. gloss. in c. clericus. extra. de jurejur. Hostien. ad c. debitores. de jurejur.* licet secus esse contendat Salyc. *ad l. legem. C. de pact.* Angel. *in §. in personam. in pen. & ultim. colum. Institut. de action.* & in utramque partem Jason. *ad leg. 7. §. sed cùm nulla. num. 4. 5. 6. 7. 8. de pact.*

†Non tamẽ propterea sequitur, hoc jure stipulationem esse exterminatam: non sequitur, hac in parte correxisse jus civile, aut originem hujus contractus mutasse: non etiam hoc efficere potuit, quod sit jus illud Canonicum extra forum Pontificium trahendum ad forum politicum: quanquam id quidam Canonistarum hanc ob causam velint, quia peccatum concernat: & in materia peccati jus Pontificium sequamur in utroque foro: quod absolutè verum non est, ut Alciat. prædicto loco ostendit. Imò verò non peccat, qui autore lege quid non facit quod dixit; maximè si alii observando legem damnum non infert. *argum. l. non dubium. C. de legib. Rom. 13. c. utilem 22. quæst. 2. Alciat. d. nume. 17. & 18. & lib. 5. paradoxor. cap. 3.* Atq; hæc hactenus de primo causarum efficientium genere: nunc de altero. 46

IIII. CONCLUSIO.

Singulæ† stipulationes constituuntur & fiunt quotidie ab illis hominibus, qui hoc animo, ut hæc verborum obligatio contracta sit, secundùm juris dispositionem, contractusq; hujus naturam conveniunt. 47

L. consilio. ff. de curator. furios. prod. leg. 1. §. pen. & ultim. l. 3. §. 1. §. ultim. l. obligamur 52. ff. de action. & obligat. l. 1. versi. contrahere possunt. §. 1. l. 5. in princ. & §. 1. §. 2. §. fin. l. inter sti-

pulantem.h.t.l.7.§.quod ferè.ff.de pact. In hanc sententiam Tiber.Decian. *Resp.64.num.13.volum.3.* respondit. Nascitur enim hic contractus ex actu & voluntate stipulantium ac promittentium: ideoq; nisi sint, qui stipulentur, qui promittant, hujus contractus species individuæ hodie generari, & generando conservari non possent. Hinc Paulus JCtus *in dict. l. inter stipulantem 83.h.tit.inter stipulantem*, inquit, *& promittentem negotium*, hoc est, stipulatio *contrahitur*; q.d. nisi ab his iste actus stipulandi & contrahendi fieret, non posset hoc negotium, quod *stipulationem* vocamus, oriri. Ut autem non omnes homines ad generandum sunt apti, sic nec ad stipulandum omnes. Qui autem illi sint, infrà, cùm ad subjecta pervenerimus, occurret excutiendum. Nam cur plerique non possint hunc contractum celebrare, pendet partim ex materia, partim à forma & fine stipulationis, partim etiam à subjecto sive objecto, circa quod stipulatio & stipulantes occupantur.

DE MATERIA STIPULATIONIS.

CAPUT III.

GEnus unumquodq; communem suarum specierum materiam continet: nihilq; aliud est, quàm *ipsa singularum specierum materia*, per ea, quæ P. Ramus *c.27. lib.1.Dialect.* Johan. Thom. Freig. *in quæst. log.lib.1.* de genere ac specie docent. Cùm itaq; stipulationis genus sit *contractus*, & quidem *verborum*, ut ex cap.1. constat; materia quoq; ejus partim illi cum omni alio contractu, partim

cum

cum quibusdam tantùm communis sit, necesse est: idq; per subsequentes conclusiones demonstrabimus.

Summæ.

1 *Consensus est stipulationis materia, quam cum cæteris quoq; contractibus communem habet.*

2 *Materiâ differunt judicium & obligatio.*

3 *Contractus quidam re, quidam consensu, & quomodo consistere dicantur.*

4 *Consensus non est causa efficiens contractuum, sed materia ex qua.*

5 *Error & dissensus circa contractus speciem inutilem facit stipulationem.*

6 *Consensus non est unius, sed duorum pluriúmve.*

7 *Error non habet consensum: quid sit: & quadam ejus exempla.*

8 *Declaratur l si ego 18. de rebus cred. & l. cùm in corpus. de acquir. rer. domin.*

9 *Jasonis & Zasii interpretatio non admittitur.*

10 *An hæc conclusio extendi debeat ad omnes contractus.*

11 *Et quid in quasi-contractib. & quæ sententia l. 5. de neg. gest.*

12 *Error & dissensus in corpore vitiant stipulationem.*

13 *Imò etiam alios contractus.*

14 *Judicio non minùs, quàm stipulatione contrahitur.*

15 *Litis contestatio, est contractus quidam: & quæ ejus definitio.*

16 *Quomodo possit constare, utrum in corpus contrahentes consenserint.*

17 *Declaratur l. 65 §. 1. l 136. h. t.*

18 *Declaratur l. si in emptione 34. de contrah. empt.*

19 *Cujac. & Zasii sententia recipitur & declaratur.*

20 *Error in corporis, de quo convenit, materiâ, non vitiat stipulationem.*

21 *Eadem est natura contractus & distractus: contrahendi & distrahendi ratio.*

22 *Emptor si in corporis materia erravit, nihil actum intelligitur.*

23 *Οὐσία, materia, substantia Ulpiano idem: impressam enim sustinet formam.*

24 *Semper id solvi oportet, quod debetur, non aliud pro alio: nec pars, sed solidum.*

25 *Solutio quid.*

26 *Errans in persona injuriarum tenetur.*

27 *Errans in persona, cujus negotium gerit, tenetur: Plus valet quod est in veritate, quàm opinione. Item semper spectatur, quid principaliter actum.*

28 *Cur in emptione, non etiam in stipulatione ratio materiæ habeatur.*

29 *Hoc ex fine & usu utriusq; contractus rectiùs elicitur.*

30 *Error circa materiæ substantiam, non circa qualitatem ejus vitiat emptionem.*

31 *Acetum an vini appellatione veniat.*

32 *Embamma non est vinum.*

33 *Non omne acetum vini appellatione continetur.*

34 *Acetorum plura sunt genera: & cur embamma non veniat vini appellatione.*

35 *Explicatio l. 9. l. seq. l 11. l. 14. de contrahend. empt.*

36 *Aureola & viriola quid.*

37 *Consideratio l. si sterilis 21. §. quamvis. de actionib. empti. quid item, vox, qualitate, ibi significet.*

38 *Florentina lectio contra Cujac. asseritur.*

39 *Nulla est ex empto actio, ubi nulla contracta empti obligatio.*

40 *Trebonianus à falsi crimine liberatur.*

41 *Exemplum in d. l. si sterilis 21. §. quamvis. de citrea mensa declaratur.*

42 *Quid citrea mensa.*

43 *Consideratio l. Labeo 45. de contrah. empt.*

44 *Quid aurichalcum, quid orichalcum.*

45 *Festi autoritas de hac re.*

46 *Consideratio l. cùm ab eo 41. §. fin. de contrah. empt. & quid operimendum.*

47 *Duæ quæstiones hic discutiuntur.*

48 *An stipulatio emptioni, in qua erratum est circa materiam, subdita sit nulla: affirmante Cujacio, Donello negante.*

49 *Quatenus & in quantum stipulatio naturam ejus negotii, cui accedit, assumat.*

50 *Ex empto agendum.*

51 *Stetur regulæ, donec doceatur exceptio.*

52 *Dolus emendatur ex contractu bonæfidei: & explicatio*

vers.

versic. sed ex doli clausula tecum agam, si scions &c. in l. 22. h. t.

53 *Quidam non rectè interpretantur de doli mali actione.*

54 *Error & falsitas circa causam & demonstrationem stipulationis, eam non vitiat, nec exceptione doli mali eludi-*
tur, nisi non promisisset, si sciviſſet causam, ob quam promittit, falsam esse; qua si firma fuisset, per se adstrinxisset promissorem.

55 *Error & falsitas causa impulsiva non ingreditur substantiam stipulationis.*

56 *Quod sine causa stipulanti promittitur, id promissum sine causa debitum videri non potest.*

57 *Sine causa promittens videtur donare velle.*

58 *Falsa & erronea causa legatum non vitiat.*

59 *A legatis ad stipulationes, & contrà valet argumentum.*

60 *Doli exceptio tum demum obstat, si ob causam ad obligandum aptam promisisset, qui promissurus non fuisset, si causa falsitatem sciviſſet.*

61 *Consideratio l. 1. l. 3. de condict. sine caus. l. 2. l. dictam. C. de condict. ob caus. l. 2 §. 1. de donat. nu. 83.*

62 *Multum interest, an causa ponatur tanquam impulsiva, an ut finalis.*

63 *Distinguendum, utrum causa concipiatur, ut causa ob quam: an, ut conditio.*

64. 67. 69. *Consideratio l. pen. §. mulier. solut. matrim. & l. divortio 21. h. t.*

65 *Quid sit causa.*

66. *item* 67. *&* 64 *Quid demonstratio.*

68 *Fallit quandoq; regula de falsa causa & demonstratione legatum & stipulationem non vitiante.*

69 *Consideratio d. l. pen. §. mulier. d. l. divortio. ut num.* 64.

70 *Consideratio l. 2. §. circa. de dol. mal. exceptio.*

71 *Consideratio l. 4. §. fin. si quis cautio judic.*

72 *Fidejussor, ab eo datus, qui tempore liberatus erat, non obligatur, si error adsit.*

73 *Consideratio l. si stipulatus 15. de fidejuss.*

74 *Communis schola non rectè statuit stipulationem non valere: si nulla subsit alia causa.*

75 *Alioquin esset inutiliter prodita; neq; per se contractus foret.*

76 *Doli mali exceptione multis casibus communem habet cum aliis contractibus.*

77 *Item oriri non posset obligatio & actio ex stipulatione, sed potius ex stipulationis causa.*

78 *Consideratio l.6.C. si cert. petat.*

79 *Utrum vera facti species vulgò proponatur, in d. l. 2. §. circa. de dol. mal. except.*

80 *A pollicitatione ad stipulationem non rectè argumentamur negativè.*

81 *Consideratio l.7. §. sed cum nulla. de pactis.*

82 *Quid significet vox*, causa, *in definitione contractuum.*

83 *Rursum examinatur l.1. & l.3. de condict. sine caus.*

84 *Consideratio l. non solum. §. fin. de pecul. ubi, quid sit ratio, obiter.*

85 *Consideratio l. cùm de indebito 25. in fin. de proba.*

86 *A traditione ad stipulationem non rectè argumentamur.*

87 *Consideratio c. si cautio. ext. de fide instrum.*

88 *Consideratio l. fin. de oblig. & action.*

89 *Jocus obest stipulationi.*

90 *Jocus nocet substantiæ stipulationis. ubi consideratur l. quæ extrinsecus 65. h. t.*

91 *Dolo metuq; contracta stipulatio, infirmatur per doli metusq; exceptionem.*

92 *Vulgaris interpretatio l. si quis cùm aliter 36. h. t.*

93 *Cur hæc interpretatio mala.*

94.95. *Vox*, conveniſſet, *quid in d. l. si quis, cùm aliter 36. h. t. significet.*

96 *Anne stipulatio dolo metúve contracta ipso jure nulla ob defectum consensus: idem num. 101. & 103.*

97 *Dolus quid, & an faciat, ut stipulatio contineat turpem causam. idem num. 103.*

98 *In omni contractu requiritur bona fides: & num. 104.*

99 *Contractus dolo factus est ipso jure nullus, idē n. 106. & 109.*

100 *Qui metu fallens adiit hereditatem, nihil egit. Idem nu. 107.*

102 *Coacta voluntas, est aliqua voluntas.*

103 *Dolus & vis per se quidem turpes sunt, sed turpem non efficiunt stipulationem, cùm sint extra ejus substantiam.*

104 *Bona fides, suo modo in quolibet contractu requiritur.*

105 *Interpretatio l. nihil consensu 116. de reg. jur.*

106 *Dolus non omnem contractum reddit nullum.*

107 *Verus intellectus l. 6. §. fin. de acquir. hered.*

108 *Fraus eorum, qui nobis acquirent, attenditur.*

109 *Bona-*

109 *Bonafidei contractum dolus reddit irritum.*

110 *Dolus duplex est, ex proposito, vel ex ipsa re.*

111 *Ex proposito aut incidens est, aut dans contractui causam.*

112 *Quid sit dolus dans causam contractui.*

113 *Quid incidens dolus.*

114 *Dolus dans contractui bonaefidei causam, reddit contractum ipso jure nullum: si incidat, ope exceptionis vel actionis ex ipso contractu emendatur.*

115 *Dissentiunt multi, quos sequitur Joh. Robertus.*

116 *Consideratio l. Julianus 13. § si venditor. vers. per contrarium, de actionib. empt. juxta Roberti sententiam.*

117 *Consideratio Roberti d. l Julianus 13. § si quis colludente. de actio. empt.*

118 *Consideratio secundùm Robert. l si res æstimata 12. § 1. de jure dot.*

119 *Interpretatio Cujac. ad l. si res æstimata 12. § 1. de jur. dot. à Roberto oppugnatur.*

120 *Consideratio l. ex empto § si quis virginem. de action. empt. secundùm Robertum.*

121 *Consideratio l. si dolo 5. C. de rescind. vend. juxta Roberti expositionem.*

122 *Cujacii expositio ad d. l. si dolo 5. Cod. de rescind. vend. oppugnatur per Robertum.*

123 *Consideratio Roberti ad l. majoribus. & l. tres fratres. de pact. &c.*

124 *Differentia strictarum & bonaefidei actionum, secundùm Robertum.*

125 *Locus Cicer. lib. 3. Officio. de Gajo Cannio & Pythio, ex mente Roberti.*

126 *Consideratio Roberti circa l. hujusmodi 84. § qui servum. de leg. 1. Metus & vis ipso jure non infirmant contractum indistinctè.*

127 *Nequit ex irrito & nullo contractu dominium transferri. Dolus substantiam contractus non ingreditur.*

128 *Communis opinio contra Robertum vindicatur.*

129 *Differentia inter bonaefidei & stricti juris actiones: & consideratio vera l. 7. de dolo mal. l. in causa 16. de minor. l. 3. § ult. pro socio.*

130 *Bonaefides exuberat in his contractibus, qui bonaefidei dicuntur.*

131 *Ubi ex ipso contractu dolus emendatur, heres ob dolum defuncti tenetur, etiamsi nihil ad eum pervenit: aliàs serus.*

132 *Roberti ad hac responsio, quòd firmi sint hi contractus bonæ fidei, donec per actionem vel exceptionem ex ipso negotio se declaret læsus, utrum velit irritum esse contractum, an id, quod interest, refundi.*

133 *Malè hac asseris Robertus, cùm hanc electionem habeat citra propositionem actionis vel exceptionis.*

134 *Responsio Roberti ad l. 7. de dolo mal. examinatur.*

135 *Alia Roberti responsio ad d. l. 7. à lectionum varietate.*

136 *Accursii & Baldi sententia de d. l. 7. de dol. mal. quæ nihil pro Roberto.*

137 *Vera sententia & expositio d. l. 7. de dol. mal. sive sequamur Florentinam, sive vulgarem lectionem.*

138 *Roberti expositio ad l. in causa 16. de minor. refutatur.*

139 *Frustra quæritur, an in d. l. in causa 16. de minor. intelligi oporteat pactum de donando, ut vult Robertus: cùm nondùm fuerit pactum effectum legitimum.*

140 *Vera expositio illorum verb. vel etiam donationis causa. in d. l. in causa 16 de minor.*

141 *Responsio Roberti ad l. 3. §. ult. pro soc. refutatur.*

142 *Consideratio §. aliquando. Institut. de perpe. & tempor. action.*

143 *Plura pro communi sententia. Bona fides est essentiale adjunctum bonæ fidei contractuum.*

144 *Refutatio objectionum à Roberto adductarum: & quis sit verus intellectus l. Julianus 13. §. si venditor. vers. per contrarium. de action. empt.*

145 *Vera consideratio l. Julianus 13. § si quis colludente. de actio. empt.*

146 *Vera sententia l. si res æstimata 12. §. 1. de jur. dot.*

147 *Vera consideratio l. ex empto. §. si quis virginem. de action. empt.*

148 *Vera consideratio l. si dolo 5. C. de rescind. vend.*

149 *Vera sententia d. l. majoribus. C. commun. utriusque jud. l. tres fratres. de pact. &c.*

150 *Vera sententia l. si quis affirmavit. de dol. mal.*

151 *Vera sententia l. unde si Nerva. pro soc.*

152 *Consideratio vera l. 3. C. ex quib. caus. majo. in integr.*

153 *Robertus differentium ponens inter contractus bonæ fidei & stricti*

stricti juris, non omnem differentiam recenſet; & committit fallaciam repetitionis principii.

154 *Quid ſibi velit locus Cic. 3. Offic. de Cannio & Pythio.*

155 *Controverſum eſt, utrum metus & vis contractus reddat nullos, ſicuti dolus dans cauſam contractui, nécne?*

156 *A multis dicitur communis opinio, vim & metum cauſam contractui dantem, non infirmare bonafidei contractū ipſo jure, ſed ope exceptionis, vel actionis: ſed improbatur.*

157 *An rectè pro hac ſententia facere dicatur l. ult. §. 1. quod metus cauſa.*

158 *Traditio ſubſecuta ipſo jure infirma non eſt, ſicuti conventio.*

159 *Conſideratio l. metum 9. §. volente. quod metus cauſ.*

160 *Conſideratio l. non intereſt. l. ſi per impreſſionem. Cod. de his, qua vi metúsve cauſ. ſed communem non probant.*

161 *Diſtinguendum hic etiam eſt circa contractus bonæ fidei & ſtricti juris.*

162 *Conſideratio l. ſi mulier 21. §. ſi dos met. quod metus cauſ.*

163 *Dos ex ſua ſubſtantia & natura, non ſponſaliorum, non nuptiarum conſideranda.*

164 *Vis ac metus bonæ fidei contractui adverſantur.*

165 *Traditio ob infirmum & nullum contractum ſecuta, nihilominus juxta voluntatem tradentis & accipientis transfert dominium.*

166 *Itaque ab effectu traditionis, non rectè arguitur firmitas vel contractus vel obligationis.*

167 *Dolus & vis bonæfidei contractuum proprium & eſſentiale adjunctum, quod eſt bona fides, dilacerant.*

168 *Dolo vel metu inductus, poteſt eligere, utrum ratum velit negotium, an irritum: neque retrò firmum intelligetur, ſed ex novo conſenſu.*

169 *Stipulatio, bonæfidei contractui addita, ob dolum cauſam principali dantem, non eſt ipſo jure nulla: & quid in actibus ſpiritualibus?*

170 *Dolus ex re, ſemper emendatur ope exceptionis.*

171 *Quis dolus præſumptus.*

172 *Exemplo declaratur.*

173 *Propria ſtipulationis materia eſt in verbis.*

174 *Verba ſunt ſymbola rerum, & mentis.*

175 *Verba in ſtipulatione vice duorum ſunt: nam & ſymbolica*

sunt, & essentialia.

176 *Exemplo tigni & ædificii declaratur.*

177 *Materiâ differt stipulatio à contractibus qui re, qui consensu, qui literis fiunt.*

178 *Signa manu missionum qua & qualia.*

179 *Quid regis coronatio.*

180 *Duaren. & Donel. rectè docent, verba in stipulationibus esse symbola: sed non tantùm sunt symbola: cùm aliquid amplius præstent.*

181 *Non rectè cum Cujac. asseritur, verba in stipulationibus planè non esse symbolica; quia non sint allegorica.*

182 *Exemplis mutui, empti &c. declaratur.*

183 *Manuum porrectio, an sit stipulatio: & cur dicamus, stipulata manu promittere.*

184 *Loqui utrumque contrahentem oportet: etiam diversis linguis.*

185 *Modò se invicem intelligant aut per se, aut per interpretem.*

186 *Utrum interpreti credendum, si lis de eo contractu postea oriatur.*

187 *Vox unius, vox nullius.*

188 *Per nutum & alia signa non contrahitur stipulatio.*

189 *Nec per nuncium.*

190 *Nec per epistolam.*

191 *Consideratio l. 1. C. h. t.*

192 *Instrumenta, qua de contractibus fiunt, appellantur passim epistola.*

193 *Differunt epistola, qua contrahendi causa emittuntur, & qua tantùm probanti causa.*

194 *Consideratio l. ea qua 37. de donat. mort. caus.*

195 *Consideratio l. non figura. de action. & obliga.*

196 *Nec inter præsentes per solam epistolam sine verbis linguâ figuratis potest contrahi stipulatio.*

197 *Inutilis hac stipulatio in scriptis facta, nec utile pactum habet.*

198 *Ut nec aliàs.*

199 *Nisi præter stipulandi, etiam paciscendi animus intercedat, ut si uno modo non valeat, eo valeat, quo valere potest.*

200 *Consideratio l. Titius 24. de const. pecun.*

201 *Consideratio l. an inutilis 8. de acceptilat. & l. si unus 27. §. pen.*

§. penult. de pact.

202 Consideratio l. stipulor 35. in fin. h.t. & l si quis pro eo 56. §. 1. de fidejussoribus.

203 Potest stipulatio verbis linguâ figuratis etiam per literas contrahi, ut scilicet non priùs stipulatio rata sit, & effectum habeat, quàm si de ea instrumentum sit factum: ut & in cæteris contractibus propter pacti utilitatem placuit.

204 Ubi instrumentum promissionis & interrogationis meminit, præsumuntur omnia solenniter facta.

205 Ideoq; statur instrumento, donec contrarium probatur.

206 Estq; probatio probata.

207 In his, quæ ex natura negotii cujusq; insunt, etiamsi non sint expressa.

208 Nisi quæstio sit de emptione & venditione: quia pretium intervenisse non præsumitur, nisi ejus in instrumento fiat mentio.

209 Quæ sunt præter vel extra negotii, de quo instrumentum factum est, naturam, non præsumuntur, nisi quatenus de iis expressè & specialim instrumentum loquitur.

I. CONCLUSIO.

Cum † *omni nominato & innominato contractu hoc stipulatio commune habet, ut non aliter, quàm ex consensu fiat.* 1

§. si de alia. Institut. de inuti. stipu. l. 1. §. 1. l. 7. §. quod ferè. de pact. l. 1. l. 3. l. quæcunque. d. l. obligamur 52. de action. & oblig. l. 1. l. 5. l. inter stipulantem 83. h.t. Nullus enim contractus fieri potest absque conventione. *l. 1. §. 1. d. l. 7. de pact. l. Labeo 19. de verb. signif.* Conventio autem ex consensu in idem placitum consistit. *d. l. 1. de pact.* Stipulatio igitur cùm contractus sit, non est, nisi inter consentientes. *d. l. 1. §. verbis. & §§. seqq. l. 3. §. 1. & 2. l. quæcunque. d. l. obligamur. de action. & oblig. d. l. 1. l. 5. d. l. inter stipulantem 83.* † Et Julius Paulus differentiam stipulationis & judicii à stipulationis materia, quam cum cæteris 2

contractibus communem habet, arguit: *Nam stipulatio*, inquit, *ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur: & ideò actori potiùs credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse. l. inter stipulantem*
3 *83. §. 1. h. t.* † At dixeris, emptio-vēditio, locatio-conductio, mandatum, societas, dicuntur cōsensu fieri: *tit. Inst. de oblig. quæ ex consens. l. 2. de action & oblig.* Verùm non propterea cōsequens est, stipulationem non ex consensu constare: quippe καθ' ἑξοχὴν consensu fieri dicuntur, quia neque rem, neque verba, neque literas, quibus consensus ille confirmetur & perficiatur, requirunt, sicuti præter consensum *verba* postu-
4 lat stipulatio, *rem* depositum, *ut cap. 1. apparuit.* † Rursum dixeris, imò consensus nō est materia, sed causa efficiens contractuum, ut disertè docuit Wesenb. *paßim in paratit. præsertim in tit. de actionib. & oblig. num. 7.* quòd invitus nemo obligatur. *l. nec emere. C. de jure deliber. l. sicut. Cod. de obliga. & action. l. Imperator. de contrah. empt.* Est igitur & stipulationis non materia, sed causa procreans, ut idem voluit Wesenb. *in tit. de verb. oblig. nu. 10.* Sed admonendi sumus; ut vox *contractus*, sic & *stipulatio* non uno modo sumitur; sed modò pro actu sive contrahendi sive stipulādi, modò pro contractu, quo significatu conventio est, negotium habens, *ut ex l. Labeo 19. de verb. signif. & multis aliis cap. 1. in 2. conclus. didicimus.* Si pro actu accipiatur, potest non inconvenienter *consensus* videri causa efficiens, & quidem adjuvans talis actus: juvat enim & efficit, ut actus ille negotii contrahendi causa conficiatur, quò referri queunt, quæ *in l. Labeo 19.* annotata sunt: ubi verò pro ipso contractu & negotio, quod contrahendo fit, ponitur: jam consensus ad cōtractum, atque ita ad stipulationem non potest se habere,

tanquam

tanquam causa efficiens; quia non est causa, à qua res est, à qua cõtractus ille proficiscitur: sed materia; illa, inquam, causa, ex qua illa res, ille contractus, illud negotium est, & consistit *per d.l.1.in princ.& §.1.d.l. 7.ff.de pact.* Hîc autem in ea significatione *stipulationem* tractamus, ut ex definitione ejus, de qua *cap. 1.* liquet, qua non actum contrahendi, sed contractum, qui ex conventione negotium habente, exsistit, designat. Sicut vox fit ex litera & syllaba, ex radice stirpes, ex ligno Mereurius: sic ex consensu fit pactum, vel negotium, id est, contractus. *d. l. 1. in prin.& §.1.l 2.l.6.l.7. de pact.l.inter h.t.* atq; ita etiam stipulatio. Meliùs igitur & veriùs hîc *consensum* dicimus *stipulationis* esse *materiam ex qua*, quàm quòd sit *causa* ejus *à qua*. Huc quadrat illud Pauli *in d.l.inter stipulantem.§.1.h.tit.* de quo suprà. *Stipulatio*, inquit, *ex utriusq; consensu valet*. Non ait; *ab utriusque*, sed *ex utriusque consensu*. Hac autem phrasi non causam efficientem, sed materialem insigniri omnibus manifestũ est. *§. cùm ex aliena. Inst. de rer. divis. l. ex hoc jure. de justit. & jur. Rodol. Snellius lib.1. Dialect. cap.6. & Beurhus. in discept. & in usu logico. Adde Andr. Tiraquel. in tract. causa cessan. limita. 20. nu. 29. & seq.*

II. CONCLUSIO.

ITaque † si erratum fuerit in causa contrahendi, 5 hoc est, in ipso contractus & actus specie, vel in ea dissentiant contrahentes, nihil actum intelligetur.

L si ego 18. cum ibi nota. Bartol. num. 3. Zas. nu. 2. & 4. Jas. num. 1. 2. 3. 4. Bald. in princ. l. lect. & antiqua. ff. de reb. cred. si cert. peta. l. in venditionibus 9. ff. de contrah. empt. argum. l. 7.

§. quod ferè. de pact. Iul. Pacius centur. 1. antinom. quæst. 59. vers. denique cùm erratur. facit l. in omnibus 55. vers. nam sive. l. in omnibus 57. ff. de actionib. & obligat. Necessarius enim est consensus utriusque partis, si rectè velimus contrahere, inquit Zas. *d. nu. 4. per l. consensu. l. in omnibus. ff. de action. & oblig.* quia contractus materia est: & remotâ vel sublatâ materiâ, removetur & tollitur
6 materiatum. † Neque consensus est unius tantùm voluntas, *dantis* fortasse vel *accipientis, d. l. si ego 18.* interrogantis vel respondentis, *l. 1. §. 1. h. t. l. 3. in fin. ff. de action. & obligat.* sed duorum simul, dantis & accipientis; stipulantis ac promittentis; scribentis & cui scribitur, in idem placitum, in eandem causam, & in idem negotium consentientium. *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3.*
7 *ff. de pollicita.* † Error autem consensum non habet; quia consensui est planè contrarius, *l. si per errorem 15. ibi Bartol. Jason. Cost. alius. ff. de jurisdict. omni. judic. l. nihil consensui 116. ff. de diversis regul. jur.* Est autem error opinio falsa, qua aliud pro alio putatur. *Azo in summa. Cod. de jur. ignor.* Itaque si inter duos error emergat, quia aliud sentit iste, aliud ille; non possunt videri in alterutro horum consentire. Sicut jam, qui planè in contractus specie disentiunt, nihil efficiunt: ita nec illi, qui in ea errant: veluti si ego à te stipulaturus, tu non animo obligandi, sed declarandi aliquid respondeas; quia existimabas, me quærere de alicujus rei qualitate, vel dominio, cujus illud esset. Item si ego tantùm paciscendi causa à te quæram, tu animo restipulandi promittas: aut contrà: nihil actum intelligetur: quemadmodum nec eo casu, si ego à te emendi causa quid interrogem, tu animo fidejubẽdi vel permutandi, aut locandi promittas. Item si ego tibi stipulanti promittam decem animo fidejubendi

bendi pro Titio: tu verò stipulatus sis, ut tibi sim principaliter ad decem obligatus: quippe Titius debitor tibi non est: neque fidejussoria, neque aliqua principalis est nata obligatio: illa non, quia fidejussor ei obligari non potest, apud quem reus promittendi obligatus non est: *l. fidejussor 15. de fidejussorib.* hæc non, quia hoc animo & fine non promittebat, & à stipulatore disentiebat. Nam & illo casu, si ego tibi quasi donaturus, tu quasi mutui causa accipias, aut vice versa; neque donatio erit, neque mutuum, *d.l. si ego 18. de reb. credit. si cert. petat.* † Et illud 8 est, quod Ulpianus ait *in d.l. si ego 18. magisque esse, nummos accipientis non fieri*, (ex mutui vel donationis scilicet causa) *cùm alia opinione acceperit:* Et quod sequitur: *quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur: tamen doli exceptione uti poterit; quia secundùm voluntatem dantis nummi sunt consumpti:* hunc sensum habet, quòd nec ex consumptione datæ pecuniæ aut mutuum concilietur, quod numeratione ipsa factum non erat; aut donatio reconvalescat, quæ propter disensum defecerat; ut illo casu competat condictio certi ex mutuo; hoc casu prorsus nulli condictioni locus sit; imò utroque casu datur propter consumptionẽ condictio sine causa: quanquam posteriore casu, quo donatam rem volebat is, qui dabat: accipiẽs verò tanquam mutuum consumserat, ea condictio elidatur exceptione doli mali. Ex quo constat, *d.l. si ego 18.* non disentire à responso Juliani *in l. cùm in corpus 36. de acquir. rer. domin.* Alia enim quæstio est, utrum error vel disensus in causa tradendi, sive in genere contractus impediat ipsum contrahendi negotium, quod ex alterutra tantùm parte putabatur tractari? alia verò, an ejusmodi error impediat

dominii translationem? De priore quæstione disserit Ulpianus, de posteriore Julianus: idque primùm ex diversitate titulorum colligitur: deinde ex verbis. Nam Ulpianus *in d.l. si ego 18. Julianus*, inquit, *scribit, donationem non esse: sed an mutua sit videndum:* contrà *in d.l. cùm in corpus 36.* Julianus, *non animadverto*, inquit, *cur inefficax sit traditio:* si hoc loco *traditio* idem significaret, quod est *donatio*; contraria Julianus de eadem facti specie scripsisset: quod de tanto JCto suspicari invidiosum est. Rursum non absolutè dicit Ulpianus: *nummos accipientis non fieri*; sed, *magúq; esse nummos accipientis non fieri:* q.d. probabilius est, hoc casu nummos non fieri accipientis, ut locus scilicet esse queat condictioni certi ex causa mutui; vel impediatur oriri condictio sine causa: quia pecunia sit ex causâ vel donati vel mutui apud accipientem. Contrà Julianus *in d.l. cùm in corpus 36. constat proprietatem ad te transire:* his verbis illud indicat: imò verò ex tali traditione transit dominium, ut propter errorem & dissensum in causa & genere contractus, locus fiat condictioni sine causa: quippe nemo condicit rem suam: sed quæ sua fuit: solâ furti causâ exceptâ. *§. sic itaque. Institut. de actionib. ubi gloss. & interpp.* Ex quo constat, utrumque JCtum in hoc consentire, his casibus quidem transferri dominium, sed propterea neque mutuum esse, neque donationem, adeò, ut nec ex consumptione reconcilientur, quin condictio sine causa competat. Tertiò suadet hanc interpretationem & quæstionis diversitatem; quod Ulpianus *in d. l. si ego 18.* cùm dixisset *Julianum scripsisse, hoc casu non esse donationem*; statim subjicit: *sed an mutua sit; videndum?* ex quo constat, Ulpiano non esse propositum investigare hîc de illa

quæstio-

quæstione, *an dominium nihilominus sit translatum*, quia utrinque in eam translationem animi concurrebant? quam satis discussisse existimabat Julianum: sed *an contractus mutui hac numeratione, vel subsecutâ consumptione constituatur?* Et hoc fieri negat. Quod ergo addit, *magisque nummos* &c. ex natura copulę hunc sensum juxta præcedentia, & propositam quæstionem admittit: q. d. nec puto, mutuam esse, cùm ex hac causa nummi accipientis non fiant: quoniam alia opinione accepit. Julianus autem *in d. l. cùm in corpus.* indicat, sibi propositum non esse, de eo disquirere, *num mutuum rectè contrahatur*, & *an videri possit ex mutui causa pecunia accipientis facta?* sed tantùm *an efficax sit traditio ut proprietas nihilominùs transeat.* Denique diversitas librorum, ex quibus hæc duo responsa sunt descripta, aliquid adjumenti adferunt. Nam ex eodem libro 7. disputa. Ulpiani, quo *d. l. si ego 18.* desumta est, descripserunt compilatores Pandectarum, *l. 35. de acquir. rer. dom. l. 34. de acqui. poss. l. 13. de dona. l. 29. mand. l. 38. de cõtrah. empt.* quibus locis tractatur, quomodo donatio errore circa rem traditam non impediatur, vel indebiti condictio oriatur: Cõtrà ex lib. 13. Digestorum Juliani, unde *d. l. cùm in corpus 36.* desumpta est, excerpserunt Treboniani collegæ. *l. 10. de in diem addic. l. 36. de acqui. poss. l. 16. de actio. & oblig. l. 18. de preca.* ubi de precario & translatione cùm possessionis tum dominii actum esse colligitur. Itaque probabile est, eo loci non de contractus & donationis efficacia disseruisse Julianũ, sed de cognata hac quæstione, utrum dominiũ per traditionẽ trãseat? † Hinc etiam illud liquet, non esse audiendum 9
Jasonem & Alcia. *lib. 5. parerg. cap. 15.* Zas. *in d. l. si ego 18. & ibid.* Costal. qui vocab. *credita in d. l. cùm in corpus.* aut

passivè, q.d. *debitam* interpretantur; aut distinguunt inter solutionem & contractum: illud enim in Jure inauditũ est, cùm *credita pecunia* nihil sit aliud, quàm *mutua*, ut Donel. *in d.l. si ego 18. num. 6. ex l. qui negotia. ff. mand. l. 1. l. 3. §. pen. ff. de SC. Macedo. l. quòd si minor. §. penul. ff. de minor.* apertè docet: Nec unquam is sit creditor vocatus, qui debitor est, *per l. creditores. cum ll. seqq. de verb. signific.* hoc posterius verbis utriusq; Responsi non convenit; cùm non minus exemplum contrahendi proponatur in *d.l. cùm in corpus. vers. & si pecuniam numeratam tibi tradam donãdi gratia, tu eam quasi creditam*, hoc est, mutuam accipias, quàm in *d. l. si ego 18.* Tandem, ut hanc disputationem cõcludamus, hoc generaliter colligimus, errorem & dissensum circa cõtractus speciem, quia de alio negotio sensit actor, de alio reus, impedimento esse, quò magis nascatur obligatio ex illo negotio, quòd in alterutrius contrahẽtis opinione versabatur, licet per traditionem subsecutam, vel simul factam dominium rei transeat in accipientem, juxta *l. qua ratione. §. hæ quoque. de acquiren. rer. domin.* † At dixeris: Sit ita, si de manifesto dissensu constet; secus quo ad errorem. Nam *in d.l. si ego 18.* saltem exempla tractantur, quæ pertinent ad contractus qui re fiunt, cujusmodi est mutuum, depositum, commodatum; item donatio: quæ etsi propriè contractus non est, *l. 1. ff. de donat. l. si repetendi. Cod. de condict. ob caus.* tamen sine re non fit, *l. 1. de donation. l. senatus. §. 1. ff. de mortis causa donatione.* Non ergo doctrina de errore circa speciem contractus *d. l. si ego.* extendi debet ad contractus, qui verbis, & qui solo consensu fiunt. & ita Donell. prima fronte voluisse videtur *in d.l. si ego. num. 1. & 2.* quando ait, *pertinere hoc ad omnes contractus, & omnia negotia, quæ re*, hoc est,

est, rei traditione & acceptione, *inter aliquos perficiuntur*: Item, in his *negotiis & contractibus præter rei traditionem etiam consensum hoc loco confirmari*. Sed magis est, ut quo ad hanc quæstionem, num dissensus & error circa contractus speciem, impediat negotium contrahi, dicamus idem esse, & in stipulatione cæterisque contractibus. Ubi enim eadem ratio est, ibi jus idem. *vulg. jurib.* Eadem autem in omni contractu ratio est, defectus scilic. materiæ. *d. l. si quis per errorem. ff. de jurisdiction. omnium jud. l. quæcunque. d. l. in omnibus 55. d. l. in omnibus 57. ff. de actionib. & obligationib.* Nam sive sit emptio, sive conductio, sive donatio, sive stipulatio, sive quælibet alia causa contrahendi, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum, in quod inchoatur, non potest. *d. l. in omnibus 55. d. l. in omnibus 57. Remove*, inquit Baldus *ad d. l. continuus 137. §. 1. h. titul. consensum ab actu, & non est actus, sive, non perficitur actus.* Nec de eo Donellus agit, sed de formæ differentia: ut quamvis contractus, qui re fiunt, hac formâ celebrentur, rei scilicet traditione; hæc tamen sufficiens non sit, ut in his contractibus aliquid sit acti, nisi & consentiant, nec errent in tradendi causa. Nam nec in stipulatione sufficit verborum conceptio, nisi ex consensu constet: nec in emptione pretii expressio, nisi in illud utrinque consentiant: forma quippe existere per se non potest, nec est nisi materiæ suæ impressa: ut capite primo dicebamus. Si itaque quælibet conventio hac propriâ suâ & substantiali materiâ, scilicet consensu careat, nihil proderit illa fieri, quæ ex formâ hujus vel illius sunt negotii: *per d. l. in omnibus 55. dict. leg. in omnibus 57. dict. leg. si ego 18. & eleganter Bald. ad dict. leg. 1. vers. cæterum. hoc titul. Ubi non tenet*, inquit,

contractus in propria specie, nulla contrahitur obligatio.

11 † Non obstat huic conclusioni *lex 5. ff. de negot. gest.* ubi Jurisconsultus respondet: *Si cùm putarem à te mihi mandatum esse, negotia gessi, cùm mandatum mihi non sit, nasci nihilominus negotiorum gestorum actionem.* Et rursum, *Si pro te fidejussero, dum puto mihi à te mandatum esse; cum effectu obligor, & te negotiorum gestorum causa obligatum habeo:* Sed etsi putavi Titii negotia esse, cùm essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius, non Titius mihi negotiorum gestorum actione teneri debet. Hoc responsum crediderunt huic conclusioni adversari: & illud docere, *errorem & dissensum in causa contrahendi*, hoc est, in contractus genere, *non esse impedimento, quo magis nascatur ex negotio gesto actio:* quia etsi erro in causa mandati, tamen negotiorum gestorum actionem habeo. Zasius secutus Alexand. & gloss. *ad l. in omnibus. ff. de action. & obligat. in d. l. si ego 18. num. 4.* credidit, aliud esse in vero, aliud in quasi-contractu: & errorem in causa, hoc est, in specie contractus, nocere quidem in veris, non etiam in quasi-contractibus. Et hoc rationem habere videtur: Non enim perinde consensu constant, quasi-contractus, uti veri: sed solummodò consensu præsumpto: hoc est, quasi-consensu: unde & nomen habent & plerunque ab initio unius constant arbitrio ac voluntate, non utriusque. Itaque *consensus* non videtur esse materia, nec defectum propterea pati materiæ, si in negotii causa quis erret. Præterea negotiorum gestio non tam voluntate, quàm re geritur, & ex ipsa re obligationem producit. *§. 1. Instit. de oblig. quæ ex quasi-contract. §. si rem. Instit. de lega.* Jason tamen *in d. l. si ego 18. num. 1. vers. sed ista limitatio. de reb. cred. si cert. peta.* putat non rectè illam adduci

duci tanquam limitationem regulæ, quæ *in d. l. si ego 18. & d. l. in omnibus 57. d. l. in omnibus 57. de action. & obliga.* proponitur: quia *in d. l. 5.* agatur de errore, hîc verò de dissensu. Sed obstat, quòd error, aliquis dissensus etiam est, *d. l. si quis per errorem. ff. de jurisdi. omni. jud. lic. juncta d. l. in omnibus 57. ff. de action. & obligat.* Existimo tamen nihil differetiæ esse inter veros & quasi-contractus: etsi quidem *in d. l. 5.* facti specie erratum est, quo ad gestionis causam, nempe in mandato: quia tamen negotium alterius illius gerere voluit, nec in eo errávit vel dissensit: itaque negotiorum gestorum actio est: secus si ne quidem negotium gerere voluisset.

III. CONCLUSIO.

SI quoq; † *in corpore erratum sit, vel dissenserint contrahentes, idem juris erit: h. e. nullius momenti stipulatio censeri debet.* 12

l. inter stipulantem 83. §. 1. l. continuus. §. 1. ubi Altia. h. titu. d. l. in omnibus 57. de action. & obligat. & ut Paulus ait *in d. l. inter stipulantem 83. §. 1. Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actũ erit:* & paulò pòst: *Nam stipulatio ex utriusq; consensu valet.* & Venulejus, *si homine, inquit, stipulatus sim, & ego de alio sensero, & tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusq; consensu percipitur. l. continuus 137. §. 1. h. t.* ex materia igitur, quæ stipulationi cõmunis est cũm cæteris omnibus conventionibus, infirmitatẽ contractus arguunt: Nequit enim forma existere, nisi in sua materia: † Ideoq; error & dissensus circa corpus non hanc solùm, sed & emptionem-vẽditionem, & locationem-conductionẽ, & mutuum, & cõmodatũ, & pignus &c. vitiant. *d. l. in omni 57.* 13

de act. & obliga. Zas. in d. l. inter stipulantem. §. 1. nu. 4. Donel. num. 1. per l. 1. §. 1. de pact. Baldus d. l. continuus, 137. §. 1. ibid.

14 *Alcia.* † At dixeris: judicio non minus, quàm stipulatione contrahitur, *l. 3. §. idem scribit de peculio.* adeò, ut novatio quædam censeatur, *l. aliam 29. de novatio.* cujus proprium est, novam producere obligationem: ut ita sine consensu esse nequeat. Atqui verum est, ut si Stichum petens de alio sensero, quàm de quo reus, judicium nihilominus consistat: quia is Stichus intelligetur petitus, de quo ego actor sensero: quod & ipse Paulus fatetur *in d. l. inter stipulantem 83. §. 1. h. tit.* & consentaneum est *l. si quis intentione 66. l. solemus. de jud.* Verùm hunc nodum ipse Paulus ibid. dissolvit; non quòd in judicio idem dicendum sit, quod in stipulatione, ut Aristo malè ex eo, *quia non minùs contrahatur in judicio, quàm per stipulationem,* voluit: sed quia *stipulatio ex utriusque consensu valet;* judicium etiam *in invitum est:* non quidem simpliciter, sed quatenus de re & causa, quæ in controversiam vocatur, inter actorem & reum non convenit: ex hac enim dissensione

15 judicium nascitur. † Quatenus verò ad judicem itur, ut is de illa re, de illa causa, quam actor asserit, & reus negat, cognoscat, & sententiam ferat; judicium utiq; inter consentientes est, quia & eatenus est quidam contractus, qui ejus rei, de qua cõtroversia est, narratione hoc actoris & rei animo testato apud judicem factâ, ut de eâ re & causâ sit disceptatio & cognitio, perficitur. *argum. l. unic. C. de lit. contest. d. l. aliam. de nova. d. l. 3. §. idem scribit. de peculio. l. properandum. l. rem non novam. C. de judic. l. 2. in prin. §. sin autem adfuerit. Cod. de jurejur. prop. calum. Cujac. obs. 21. lib. 9. l. litis. 36. & ibi not. de verb. signific.* Itaque partim consensu partim dissensu constat judicium: dissensu, quo ad rem, vel causam

causam controversam: consensu, quo ad ipsum judicium per litis contestationem susceptum: & ut Donell. *num. 4. ad d. l. inter. §. 1.* ait: *aliud est in judicium consentire, aliud judicium cum invito accipere:* quia de re, quæ petitur, etiamsi reus nolit consentire, cogitur tamen judicium accipere: accipit autem consentiens in illud ipsum judicium, in illud κρινόμενον, ut examinetur & decidatur. Contrà verò stipulatio, ut omnis alius contractus, mero consensu constat, nec quicquam dissensus habet, sive de corpore, quod in eam deduci debet, sive de ipso contractus genere quæstio sit. *per dict. leg. in omnibus 55. dict. leg. in omnibus 57. de action. & obligat. dict. leg. continuus. §. 1. hoc tit.* Mirum itaque nemini videbitur, cur toleretur dissensus actoris ac rei circa rem petitam, & hac in parte stetur sententiæ actoris, non rei; secus autem perhibeatur in stipulatione: etiamsi non minus judicio, quàm stipulatione contrahamus. † Quando 16
autem, & quomodo de dissensu, aut errore circa rem, sive corpus, quod in stipulationem deduci debet, constare possit, Dd. anxiè disputant *in dict. leg. inter 83. §. 1.* & præsertim Alciat. ac Zas. *& ad dict. leg. continuus 137. §. 1.* Verùm de eo hîc nihil attinet nunc disquirere: cùm ad materiam probationum pertineat. Sunt casus etiam varii & plures, qui cùm ex facto emergant, certis juris regulis comprehendi non possunt. † Porrò non obstat huic conclusio- 17
ni, quod *in l. quæ extrinsecus 65. §. 1. l. si sub una 136. hoc tit.* responsum est, *si sub una significatione diversis nominibus ea res, quæ ad stipulatum deducitur, appellatur, non infirmari obligationem, si alter altero verbo utatur.* Hoc enim verum est, quando de corpore convenit, & tantùm in nomine, vel accidenti aliquo erre-

tur, aut disentiatur, ut ita locus sit ambigui interpretationi, *l. ubi est. de reb. dubiis*: secus si de corpore non conveniat, *ut dict. l. inter 83. §. 1.* Exempli gratia: duos habeo Stichos, horum alterum à me stipularis; licet tu existimaveris, hunc Stichum appellari Damam, vel putaveris alterum eorum Damam esse; tamē cùm utrinq; placeat, ut alter ex illis debeatur, utiq; firma erit obligatio, & interpretationum regulis locum dabimus, juxta *d. l. ubi est. ff. de reb. dub. dict. leg. si sub una. dict. leg. quæ extrinsecus. §. 1.* Contrà si duos habeam Stichos, nec hoc ignores, & tu à me Stichum stipuleris, ego etiam Stichum promittam, sed non consentiamus in corpore Stichi: tu quippe stipulatus es Stichum mediastinum, ego Stichum atrienſem, vel vice versa promittebam: jam nihil actum erit, nec potest locus esse interpretationi *dicti* obscuri, vel ambigui, ubi nihil consensu mutuo dictum est. Atque ita cessant hoc casu regulæ interpretandi obscurum. † Non etiam obstat *l. si in emptione 34. ff. de contrah. empt. Si in emptione*, inquit Julius Paulus, *fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus acceſſerit, cùm de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilominus fundi venditionem valere constat: sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor* (Cujac. *ad leg. inter 83. §. 1. hoc tit. obs. 10. lib. 1. & observat. 37. lib. 9.* legit, emptor) *intellexerit.* Quid? an aliud obtinet in emptione & venditione, quàm stipulatione? Minimè: *l. in venditionibus. ff. de contrah. empti.* Respondet itaque Donell. *nume. 5. in dict. leg. inter 83. §. 1.* aliud esse in Sticho principaliter vendito; aliud in Sticho, qui accedet fundo vendito; ut illo casu propter disensum nihil actum sit; hoc casu is accedat, de quo venditor sen-

18

sit,

sit, ne decipiatur emptor, si fundum habeat sine Sticho, cùm Stichum accessurum sit dictum, & constet principalem conventionem firmam esse, licet, de utro Sticho dictum sit, non appareat: Non enim, quemadmodum principali causâ nõ subsistente, accessio quoq; corruit; sic cõtrà inutilis est causa principalis propter accessionis vitium vel ambiguitatẽ: nec quæ adjunguntur, mutant causam principalem: *l. 4. §. si ex conventione ff. de re jud.* † Sanè Cujac. *in d. l. inter* 19
83. §. 1. & Zas. *ibid. n. 6. 7. & c. h. t.* intelligunt, *dict. l. si in emptione 34.* non de dissensu in contractu circa Stichũ, sed de ambiguitate nominis interpretanda. In ipsa conventione non apparebat de dissensu, vel errore, sed dictum erat, ut Stichus accederet: postea cùm præstandus esset Stichus, propter æquivocationem nominis dubitatio exorta est, de utro Sticho actum sit: Et hìc obtinere dicunt regulam, quam Labeo præscribit, *obscuram pactionem illi nocere, qui legem apertiorem contractui dicere potuisset. l. veteribus. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de contrah. emptio.* Itaq; secundùm illos, quos magis verum docere puto, non est distinguendum inter rem principaliter promissam, & accessoriam: utrobiq; enim manifestus in contrahendo dissensus impedit oriri obligationem ex tali negotio, quo ad id, in quo dissensus est: cùm etiam nuda pacta, quæ cõtractibus in continenti, vel ex pòst facto accedunt, non consistant, nisi mutuo consensu. *leg. 1. de pacto*: sed videndum est, an de ipso negotio convenerit, nec inter cõveniendum de dissensu apparuerit; an verò pòst emergat ambiguitas ex æquivocatione, ut ita locus fiat regulis de interpretatione. In quàm etiam sententiã Alc. *ad d. l. continuus. §. 1. n. 2. & 3.* inclinat, dum vult, p̃sumi consensisse in illũ, de quo

venditor dixit, si in ipso contrahendi negotio nihil de dissensu emptoris apparuisset. Hanc etiam interpretationem urgent illa *in dict. leg. si in emptione 34.* verba: *neq; intelligatur, quis ex pluribus accesserit. ff. de contrah. empt.* hæc sanè verba præteriti temporis arguunt, convenisse omnino de certo quodam Sticho: pòst verò fuisse controversiam inter emptorem & venditorem, quis ille fuerit Stichus, ortam: & huic dubitationi dedisse causam, nominis ambiguitatem: Idem rursum illa verba: *quem venditor intellexerit*: tum scil. cùm contraheretur. Cùm enim huic assensum præbuerit emptor, censetur de eodem quoq; egisse, & eundem voluisse. *d. l. si sub una. h.t. d. l. ubi est. de reb. dub. d. l. Labeo 24. d. l. veteribus. l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus. h. t.* An autem Cujac. & Balduin. rectè *in d. l. si in emptione 34.* pro *venditor* legant *emptor*, alterius loci est.

IV. CONCLUSIO.

20 *SI † tamen de corpore convenerit, licet in materia erratum, vel dissensum fuerit, stipulatio vires habebit.*

l. si id quod 22. ubi Dd. h.t. Veluti si id, quod aurum putabam, cùm æs esset; vel argentum, cùm stannum esset, stipulatus à te fuero, teneberis mihi hujus eris, hujus stanni nomine: quoniam in corpore consenserimus. *d. l. si id, quod 22. ibi Zas. Donel. Alciat.* Sic si Stichum à te stipuler, quem puto insignem esse artificem, vel hominem probum, cùm sit servus nequam: stipulatio eadē ratione valebit. Sic si tibi massam pignori dederim, quā putas esse aurum, cùm æs sit, nihilominus in hoc pignus contractum erit. *l. 1. versic. si quis tamen. de pignor. actio.* Sed scrupulum faciunt

ciunt pleraq;. † Etenim cujus est conditionis & na- 21
turæ distractus, ejus etiam est contractus; cùm u-
numquodque non alio modo tollatur ac dissolva-
tur, quàm quo colligatum est. *L nihil tam. ff. de reg. jur.*
l. prout 80. ff. de solut. Qua occasione bonum ducitur
argumentum à forma solutionis ad formam con-
tractus: quippe qui non aliter quàm re disolvi po-
test, re etiam factus est; qui verbis tolli potest, ver-
bis etiam factum esse oportet: qui consensu factus,
similiter consensu finitur. *d. l. prout 80.* Atqui gene-
raliter obtinuit, si cùm aurum tibi promissum ex
quòcunq; contractus genere, æs solvere ignoranti
non queam; sed error sit impedimento solutioni. *l.*
si cum aurum 50. ff. de solutionib. Error igitur circa ma-
teriam, licet de corpore constet, indistinctè etiam
impedimento erit conventioni. Deinde si cùm
massam æneam puto auream esse, & eam stipulor,
certè non alio animo in eam consentio, quàm si
aurea sit. Cùm itaque aurea non sit, non tam con-
sensisse in illam massam, quàm dissensisse videor.
Præterea, magna hinc existeret iniquitas: quid e-
nim si massam auream promiseris mihi, quam pu-
tabas æneam? Nisi dixerimus, dissensum in cor-
poris materia vitiosam reddidisse promissionem, tu
magna injuria & damno adficieris. † Sed & de em- 22
ptione-venditione responsum est, etsi de corpore
convenerit, si tamen erratum fuerit in corporis il-
lius οὐσίᾳ, nihil actum intelligi. *l. in vendit. g. §. inde que-*
ritur. ll. seqq. de contrab. empt. † οὐσίαν & substantiam Ul- 23
pia. *in d. l. in venditionibus* intelligit de eo, quod est ma-
teria, idq; exempla, quibus hanc regulam declarat,
arguunt. Neq; ratio illa loquendi, vel exemplo, vel
ratione, caret: cùm & Arist. τὸ οὐσίαν definiat ὑποκεί-

μικροῦ τῆς μορφῆς: & rei cujusq; pars substantialis, sit materia ex qua, quæ ideo etiã ipsa res, & ipsum corpus dicitur: quippe quod impressam formam sustinet, per quam unumquodq; illud est, quod est. *l. 6. de rei vend. leg. 9. §. 1. 2. ad exhibend. l. 3. §. 1. §. si reddita. ff. commod. leg. si ex leg. 23. hoc. titul. leg. & eleganter. §. non solùm. ff. de dol. mal. leg. 13. §. 1. leg. 14 ff. de verbor. significat.*

24 Verùm hæc nihil urgent. † In eo enim solutionis & contractus est diversitas, ut semper id solvi oporteat, quod debetur, non aliud pro alio, invito creditori. *leg. 2. §. 2. ff. de reb. cred. si cert. pet. at. cum ibi nota. l. etiam 27. l. cùm Stichus 29. l. in executione 85. hoc tit.* Etsi verò is, cui ignoranti pro auro æs solvitur, videatur consensisse, quatenus hanc solutionem in illo corpore admittit: quia tamen, cùm illud ipsum corpus datum non sit, quod juxta obligationis formam dari debuit; non potest videri volenti creditori, sed potiùs invito aliud pro alio solvisse: quippe quòd ignorans vel errans pro consentiente non habetur. *leg. 2. de judic. l. si quis per errorem. de jurisdictio. omn. jud.* Deinde ex solutione non potest contingere liberatio, nisi solidum solutum sit. *§. 1. Institut. quib. mod. toll. obligat. §. fin. Institut. de perpe. & tempo. actio. l. liberationis 47. l. seq. cum ibi not. at. de verbor. significat.* Atqui si ignoranti pro auro debito æs solvatur, solidum, quod debebatur, non est solutum. *l. solutam. de solut.* quia substantiæ obligationis non est satisfactũ: & solutio magis ad obligationis substantiam, quàm rerum solutionem refertur. *l. solutionis 54. de solutio.* Liberatio igitur contingere non potuit. *d. l. liberationis 47. cum ibi nota.* Quod si liberatio non contingat, nec solutionis nomen jure sortitur, *dict. leg. liberationis. l. seq. eod.* sed per conventionem jam ab initio talis

lis substantia obligationis cõstituitur, qualis res est, quæ promittitur; cùm nec de aliâ re, quàm illâ ipsâ agatur. Itaq; hac in parte à solutione non rectè argumentamur ad contractum. † Nec allegata regula, de solutione agit, quæ est ejus, quòd debetur, præstatio; *§. fin. Institut. de perpet. & tempo. actio.* sed de nexus contracti destructione per contrariam conventionem. *Lab emptione de pact. l. 1. l. 2. C. quando lice. ab empt. reced.* Ad secundam & tertiam considerationem respondetur, negando consequentiam. Imò verò certum est quòd consenserim in ipsum corpus, licet corporis materiam vel qualitatem putaverim aliam atque aliam esse. † Sic si decrevi Titium injuria pulsando adficere, & Sejum pulsaverim, existimans hunc esse Titium: injuriarum tenebor, injuriamque fecisse dicar: consensi enim in hoc factum, ut in hoc Seji corpus cui plagas intuli, essem injuriosus, licet non crediderim hunc Sejum esse, *leg. eum qui 18. de injur. leg. sciente. §. sed si defendendi. ad leg. Aquilia. leg. Divus. ad L. Cornel. de sicar. Bart. ad leg. respiciendum. §. delinquunt. de pœnis.* † Sic non propterea meum negotium non gessisti, quòd putaveras illud Titii esse, *leg. 5. in fin. de negot. gest.* Gessisti enim: & plus in veritate fuit, quàm in opinione tua, qua nolusti meum, sed Titii negotium gerere. At quoties plus est in veritate quàm in opinione, sola veritas spectari debet, neglectâ opinione. *leg. quarta. de manumissio. vindict. leg. inter omnes. quadragesima sexta, in fin. ff. de furt.* Sic si pro me prodigo vel furioso fidejubeas, existimans sanum me vel moribus integrum, nihilominus obligaris ex tua fidejussione. *lege, Marcellus. de fidejussoribus*, nec me tamen tibi obligatum habebis. *lege sexta,*

25

26

27

h.t. d.l. Marcellus. in fin. Etsi enim in qualitate & integritate meæ personæ errasti, in ipso tamen negotio & persona non errasti. Semper spectandum est, quid principaliter actum sit. *l. semper in stipulationibus. de reg. jur.* de ipso corpore principaliter convenit, tãetsi videatur dissensus esse in corporis materia. Proinde nulla hîc iniquitas emergit, si massam auream mihi promiseris, quam æneam putasti. Forsitan, inquis, non promisissem, si scissem; *arg. §. quòd autem diximus. versic. forsitan. Instit. de leg.* Sed tibi imputato, quòd in re propria non adhibuisti meliorem majoremq; diligentiam: & cùm promiseris, idq; fateare utrum æquius est, ut rem promissam præstes, an fidem datam fallas? Deniq; non promiseras æs, sed massam illam, quam æs credebas, cùm aurum esset: plus fuit in veritate quàm opinione. Dato igitur quod revera est, & quale est, quod promisisti, non quod esse falsò putasti. Quòd si hîc solutioni locus esset, non ex rei veritate, sed tua opinione, ego aliud pro alio invitus admittere contra fas & jus contraque fidem tuam & contra *d.l. si cum aurum 50. de solutio.* cogerer. Itaq; si qua tibi adfulget iniquitas, si quod damnum, scias illud longè majore æquitate & fide, fideiq; commodo vinci. Quod de emptione-venditione objicitur, ex diversa utriusq; hujus contra-
28 ctus natura, fine, & usu diluendum est.† Glossæ quidem quam Duar. *ad d.l. id quod 22. h.t.* sequitur, visum ideò materiæ rationem in emptione-venditione, non autem in stipulatione haberi oportere, quòd illa sit contractus bonæ fidei, hæc stricti juris, in qua tanta æquitatis & bonæ fidei ratio non attenditur: Sed malè, ut Donel. & Cujac. sentiunt; alioquin idẽ in pignoris cõventione obtineret, quod in emptione &

ne & venditione: est enim bonæ fidei contractus. §. *actionum. Inst. de act.* Atqui idem non est in pignore, quod in emptione-venditione; sed quod in stipulatione. *d. l. 1. in fin. de pigne. actio.* ut modò dictum est. Alii igitur hanc petunt diversitatis rationem; quia interest in stipulatione stipulatoris, in pignore creditoris, in commodato commodatoris, in deposito depositoris, & ita deinceps, ut potiùs aliquid actum sit, quàm nihil: secus in emptione & venditione: quippe potius interest emptoris nihil actum esse: nec, si quid actum diceretur, cogatur emptor auri precium pro ære numerare. Cujac. *ad dict. l. id quod 22. h. t.* Sed obstat, quòd iidem idem nolint agnoscere in permutatione, & omni alio contractu, do ut des, in transactione & similibus: in quibus tamen eadem esset ratio. Deinde adhuc quæstionis esset, cur interest in pignoris, stipulationis, mutui &c. causa, ut potius aliquid actū sit. Minus fortasse tutus erit creditor, si rē illam admittat, cùm tamen securitatis causa contrahatur. *§. fin. Instit. quib. mod. re.* Quid, quòd emptoris interdum possit interesse, ut in illa re potius valeat quàm nihil actum sit, ut si putassent emptor & venditor massam venditam esse æneam, cùm aurea sit? vel si venditor precium jam accepisset, cujus difficilis futura persecutio? Cujac. concedit, jam potius valere: Sed tum jus illud de emptione propositum nihil differret à stipulatione & pignore: & ex eventu firmitas contractus, non ab initio ejus penderet, contrà quàm jure cautum est. *l. 8. mandati.* Alii itaque hanc assignant rationem, cum quibus Donell. facit: Stipulatio, inquiunt, contractus est gratuitus & causa lucrativa, cùm non habeat precii quandam refusionem: quod secus

est in emptione & venditione. *l. uni. §. lucrativas. C. de imponen. lucra. descrip. lib. 10. §. si res aliena. ibi Dd. Instit. de legat.* Sed & huic repugnat, quod non idem in pignoris causa constitutum est: cùm tamen illud sit contractus onerosus: imò, & permutatio onerosa conventio est, & plures aliæ. Deinde etsi ipsa stipulatio per se non habet onus, cùm tamen plerunq; ex causa, eaque onerosa fiat, veluti dotis, transactionis, permutationis. *l. 5. hot tit. l. ut respons. C. de transact. l. pen C. de rer. permut. & infr. prolixius*, non potest hæc
29 firma & perpetua differentiæ ratio haberi. † Magis ergo est, ut ex fine & usu utriusque contractus rationem eliciamus. Videndum itaque est, an in negotio aliquo, quod contrahitur, non solùm spectetur corpus, & quod in manu-precio est, verumetiam, quod est in materia. *arg. l. 13. §. 1. l. 14. cum ibi nota de verbor. signific.* Sed hæc natura est, & finis & usus emptionis, ut precium sit æquivalens corpori, quod venditur. *§. 1. §. 2. Insti. de empt. vend. l. preciare. ad L. Falcid.* Ut autem æquivalens sit, quemadmodum non ex privato cujusque affectu, sed communi usu ac functione discernitur: ita etiam non ad solum manus-precium, h.e. ad solius formæ, qua tale corpus, puta scyphus, vel mensa, aut pictura, illud est, quod est, *dict. leg. mulieris 13. d. l. Labeo 14. de verbor. signif.* æstimationem refertur; sed simul etiam ad materiæ bonitatem. Etenim si scyphus mihi venditur, non simpliciter ut scyphus, sed ut aureus vel argenteus, h.e. ex auro vel argento consistens, venit. Sicut ergo disertè & expressè ejus materia venditur, talem quoque solvi oportet, & nisi solvatur solidum, quod debetur, non præstatur, nec satis fit emptioni-venditioni. *d. l. si cùm aurum. de solutio.* Et quem-

admo-

admodum in hoc contractu precii causâ duo spectantur, & ipsum corpus & corporis materia: sic etiâ de utroq; utrinq; consentire oportet, ut cõsistat contractus. Contrà stipulationis hæc natura non est, sed tantùm de eo censetur facta, quod expressum est, aut expresso continetur: *l. quicquid 99. h. t.* Exprimitur autem solum corpus, non etiam corporis materia: sola massa illa, non massæ materia. Quòd si massam auream simpliciter, non certæ massæ demonstratione, quis promisisset stipulanti: dubium nemo crediderit, quin solvendo non aliter liberetur, quàm si aurea reddatur: at si certa massa demõstrata sit, secus est: quia massa illa promissa est, non aurum. Imò si propter meam vel tuam opinionem auri massam erronee putantem, non hanc, sed auream ex stipulatione petere velim; aliud sanè peterem, quàm promissum esset, quod jus & justa ratio non patitur. † Cæterùm, quod diximus, errorem circa corporis materiam vitiare emptionem, venditionem, hoc moderamine accipiendum est, ut procedat circa ipsam materiam, non circa materiæ qualitatem, id est, bonitatem & vilitatem naturalem, vel formalem: idque exemplo aceti & embammatis Ulpianus *in d. Lin venditionibus. §. 1.* indicat, referendo Marcelli sententiam, quam per hanc distinctionem declarat. Nam cùm hanc quæstionem proposuisset, si in ipso *corpore* non erretur, sed in *substantia*, hoc est, materia, error sit; an emptio-venditio sit? sic respondet: *Marcellus scribit libro sexto Digestorum, emptionem esse & venditionem: quia in corpus consensum est, etsi in materia* (etsi hîc appellat materiam quod suprà substantiam & inf. οὐσίαν) *sit erratum: ego*, inquit, *in vino quidem consentio: quia eadem propè οὐσία est; si modò*

vinum acuit: cæterùm si vinum non acuit, ut embamma, a-
31 *liud pro alio venisse videtur.* † Acetum est vinum, quod acuit: ideoque vini numero continetur *l. 1. l. 3. l. si quis vinum 9. de tritic. vino oleo lega.* nisi paterfamilias nolit acetum vini numero haberi. Sic Jurisconsultus *in dict. l. si quis vinum 9. versic. item acetum vini*, inquit, *appellatione non continebitur: hæc omnia ita demum vini nomine non continentur, si modò vini numero à testatore non sunt habita, &c. de tritic. vino vel oleo lega.* Quod verum est, quoad usum & voluntatem patrisfamiliàs fortasse testantis, vel quid legantis, aut donantis *dict. leg. si quis vinum 9.* nam tum ex usu testatoris vel donatoris legatum donatumque æstimabitur potius, quàm ex materia sua, vel qualitate. *leg. ex usu 10. ff. eod. leg. cùm de lamonis. §. asinum versic. optimum ergò de instruct. instru. leg. l. 7. l. 8. de supel. leg.* Substantia nihilominus naturalis una eadèq; manet corruptâ vel incorruptâ ejus qualitate: Ideoq; si non sit quæstio de voluntate testatoris vel patrisfamiliàs sed quid illud sit, quod venit, quod præstatur, vel præstari debet, adhuc acetum vino continebitur, vinumque acetosum reverà intelligetur vinum esse: quia materia ejus est vinosa, genere & numero eadem cum omni alio vino: tantùm qualitas ejus & bonitas naturalis nonnihil est corrupta, dum acuit vinum, & in acetum degeneravit, autore Bu-
32 dæo, & Cujac. *in dict. leg. si id quod 22.* † Embamma verò neque materia, neque usu & intentione patrisfamiliàs vinum est: quia nunquam fuit. *dict. l. si quis vinum 9. versic. embamma autem continebitur: quia*
33 *aceti numero fuit. de tritic. vin. oleo lega.* † Neque obtrudas: Imò si aceti numero fuit, etiam vinum fuit, quia vini numero acetum habetur. Etenim

hoc

hoc te ignorare non oportet, non omne acetum vino contineri, sed illud acetum, quod ex vino, eoque solo & puro factum est, & potius acetosum vinum est, quàm acetum: secus si ex alia re vel mixtura. † Nam acetorum quædam sunt naturalia, 34
quæ scilicet ex vino acuto fiunt: quædam factitia, veluti hodierno die quamplurima eorum fiunt ex mixto vino & rebus acetosis, ex cerevisiâ, piris, pomis, ex sero lactis. ejusmodi item est oxymeli & embamma. Sicut enim ὀξύμελι potus causa plerunque habetur, ut & ὄξυκρατον sive posca; ita embamma intinctura gratia, ut mensæ apponatur, comparari solet: unde & nomen accepit ἀπὸ τῆ ἐμβάπτειν, autore Beroaldo in Tranquill. & Alciato, *prætermisso libro primo versic. camum. in fin. Alexand. ab Alexand. lib. 5. genial. capit. 9.* & tantùm inter acetosa, non etiam inter vina refertur. *dict. leg. si quis vinum 9. versic. embamma.* Varia etiam ejus sunt genera; veluti de iis Stephan. Forcat. *in pen. jur. cap. 20.* disserit & Columel. *lib. 12 cap. 55. Hoc sinapi*, inquit, *ad embammata non solum idoneo, sed etiam speciosò uteris.* Fit enim quoddam embamma ex aceto & sinapi, vel vino & sinapi, aut ex oxymeli & sinapi, vel ex posca & intrito sinapi: idque hîc Columella describit. Fit quandoque ex mixtura vini, aceti & aquæ, intritis quibusdam herbarum succis. Interdum herbæ & frutices, aceto aut vino aliisque liquoribus macerantur, & in vase seponuntur ad usum intincturæ. Itaque embamma licet aliquid vini quandoque habeat, tamen ejus materia sola & tantùm vinosa non est, cùm mixturâ consistat, nec sit acetum naturale, sed factitium: proindeque nec vinum. Ex quo consequens est, si embamma pro vino vendatur,

non subsistere contractum, quia revera aliud pro alio venditum est: si verò acetum scilicet naturale, sive acetósum vinum (nam de eo tantùm aceto Ulpia. agit) venditum sit, quod dulce emptor putabat, nihilóminus firma erit emptio-venditio: quippe videri non potest aliud pro alio venditum, quod eandem materiam & naturam habet, licet qualitate aliquid differat. † Ad hujus differentiæ rationem deinde spectant, quæ *in dict. leg. in venditionibus 9. in fin & l. sequentib. de contrah. empt.* ex Paulo sequuntur. *In cæteris*, inquit Ulpianus, *nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur*: In cæteris, scilicet de quibus in proposita quæstione, nempe in auro pro ære; & ære pro auro; in plumbo pro argento; & in omni illo, quod argento simile. Sed Paulus; *aliter*, inquit, *ac si aurum quidem fuerit, deterius autem quàm emptor existimaret: tunc enim emptio valet. l. aliter 10. eod.* Satis ergo est eos in corpus & corporis materiam consensisse, licet in bonitate & qualitate substantiæ erraverint. Huic accedit quod *in l. alioquin 11. vers. quod si ego. de contrah. empt.* de eo, qui virginem se emere putat, cùm corrupta sit; & qui puerum emit, cùm existimaret se puellam emere; respondetur, nempe illo casu emptionem-venditionem consistere, hoc posteriore non item. Nam qui pro virgine mulierem corruptam emit, non in sexu, nec ita in materia sive substantia rei, sed in adjuncta qualitate erravit: qui verò puerum pro puella, & vice versa accepit, in sexu & ideo in rei substantia dissensit. Idem illustrius redditur *ex l. quid tamen 14. ff. de contrah. empt. quæ ex eodem Ulpiani lib. 28. ad Sabinum, ex quo dict. lex, in venditionibus 9. desumpta*: Ubi in materiæ qualitate erratum erat: *vendebatur viriola*

quasi

quasi aurea, cùm magna ex parte ænea esset: & ita deterius aurum: æs quippe inauratum: attamen, *venditionem esse*, inquit, *constat ideo*, quia *auri aliquid habuit*, h. e. aurum revera fuit, licet ære mixtum. *Nam si inauratum aliquid sit*, (h. e. si quid aurum, sed deterius, quia cum eo aliquid confusum est) *licet ego aureum* (purũ scil. & minimè ære argentóve contaminatum) *putem, valet venditio: si autem æs pro auro veneat, non valet.*

† Quidam legunt *aureolam*, non quòd auri colorem 36
referat; sed ex auro facta sit linea sive lincola, ornamentũ nempe muliebre, *l. fin. §. fin. de auro. arg. orna. lega.* Florentina habet *viriolam*; quæ & ipsa ornamentum muliebre est, *l. argum. §. ornamenta. l. ultim. in fin. ff. de aur. argen. orna. lega. l. si tibi. §. 1. de optio. lega.* Sed sunt, qui contendunt *viriolas* fieri ex margaritis; alii ex gemmis viridibus, in qua sententia est Bayfius in libello de re vestiaria: utrique propter *dict. leg. ult. §. ult. de aur. arg. leg.* & ideo plerique malunt *aureolam* legere. Verùm existimo id necessariò non effici *per dict. leg. ultim. in fin.* quin potiùs *argum. dict. leg. ultim. §. ultim.* propter illa verba: *Lineas duas ex margaritis, & viriolas ex smaragdis*, &c. puto *viriolas* ex auro vel argentò solitas fieri, sed smaragdis & similibus gemmis interdum variari. Sicut nec lineę solis constabant margaritis, sed margaritæ huic materiæ intextæ habebantur: in genere autem distinctione adhibuisse hãc differentiam, *ex smaragdis, ex amethystis, ex chrysolithis, ex margaritis, &c.* Nihil ergo interest, an *aureolam*, vel *viriolam* legamus: utrumque ex auro argentóve fiebat, sed gemmis lapidibusque exornabatur. † Por- 37
rò hanc inter materiam & materiæ qualitatem differentiam confirmat *lex, si sterilis, vigesimaprima. §. quamvis. de actionibus empt.* sed non eodem modo,

ab omnibus legitur, nec eadem interpretatione donatur: unde etiam quibusdam visus est Paulus hac in parte dissentire, nisi extaret ejus responsum *in l. aliter 10. de contraben. empt.* Qui cum vulgaribus exemplaribus, veluti Anton. Augustin. *lib. 4. cap. 17.* Eguin. Baro. Cujac. *in dict. l. si id 22. h. t. & observ. 5. lib. 2.* Johan. Robert. *lib. 1. animad. cap. 4.* Contius, &c. negativè hunc in modum legunt: *Quamvis suprà diximus, cùm in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse: tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum: & si venditor quoq; nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt:* hi, ut concilient cum *dict. leg. in venditionibus 9. §. fin. & dict. leg. aliter 10.* interpretantur vocem *de qualitate*, per vocem, *materia:* quasi qualitas adjuncta accipiatur pro subjecto, cui inhæret. *Cujac. d. obs. 5. lib. 2. Johann. Robert. dict. cap. 4. lib. 1. animad.* Sed obstat, quòd JCti in hujus quæstionis examine vocem *qualitas* non usurpant pro *materia:* sed distertè inter materiam & materiæ qualitatem discernunt. *l. quid tamen 14. l. Labeo 45. de contrah. empt. l. si in qualitate 22. de actio. empt. l. 1. in fin. de evict.* Nec probabile est, aliter Paulum, aliter cæteros locutos esse. Sed nec alio loco *qualitatem* de *ipsa materia*, sed adjuncto corporis, sive de bonitate, salubritate, amplitudine materiæ JCti pronũciant, *ut in l. quid aliud 86. cum ibi not. de verb. signif. l. qui fundum 12. quemad. servi. amit. d. l. 1. de evictio. l. stipulationum 74. ver. quale. l. seq. vers. frumentúmve sine qualitate. h. t. l. 4. de tritic. vin. oleo leg.* Deniq; nec philosophi, potissimùm Aristotelici, ex quorũ numero etiam Paulus fuit, *qualitatẽ* aliter, quàm in categoria, qua *quale* quid dicitur; non qua οὐσία vel ὕλη, vel ὑποκείμενον sit; accipiunt. Itaq; adduci non possum, ut credam verba Pauli de

ipsa

ipsa materia; nō de materię qualitatē, q̄ est in bonitate, interpretanda; magisq; arridet Florentina lectio, quæ affirmativa est: & talis habetur: *Quamvis suprà diximus, cùm in corpore consentiamus, de qualitate autē dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor*, &c. Qua lectione retentā, optimè consentit cum *d. l. in venditionibus 9. §. 1. l. seq. d. l. alioquin. de contrah. empt.* & injuriam fieri dixero librario, ac si illius mendo potiùs (ut Cujac. putat) quàm mendacio auctoris negatio desit in Florentino.† Nec quicquam movent, quæ adversus 38
hanc Florentinam lectionem adfert Cujac. Argumenta ejus hæc sunt: Si cum Florētino negationem tollamus, illud consequens erit, ut stulta & inepta fiat sententia, alioquin elegans: Etenim illud esset Paulus dicturus: *Licet emptio valeat, cùm erratum est in qualitate rei, tamen ex empto est actio.* Atqui stultam & imprudentem sententiam Paulo adfingere, tanti JCti autoritas & eruditio non patitur. Ineptitudinem & imprudentiam sermonis exemplis probat; *Æquè*, inquit, *imprudenter* (hoc scil. Paulus proferret) *ac si diceret, licet utile sit mutuum, quod dedi, tamen mihi cōpetit actio ex mutuo. Licet homo sit ratione præditus, rationem tamen habet.* Quis nescit, si utilis est emptio, utilitatem continere, actionemque parere? Secundò, etsi prima fronte falsum videtur, si retinentes lectionem negativam dicamus: *Licet emptio non sit, tamen est actio ex empto:* nos tamen sæpè admittimus. Sic enim hominis liberi, sic rei sacræ, sic rei publico usui destinatæ emptio nulla est. *l. 4. l. 5. l. 6. l. æde 73. de cōtrah. empt. §. fin. Inst. de empt. vend.* actio tamen ex empto est. *d. l. 6. l. liberi 70. eod.* Ergo & eo casu, quo in corporis materia erratum fuerit, admittemus actionem ex empto, licet ipsa emptio nulla sit. Tertiò Paulus *in d.*

l. si sterilis. §. quamvis. ita loquitur: *Quamvis*, inquit, *suprà diximus*, &c. atqui suprà, ait Cujac. dictum est, *emptionem non esse*; non, *emptionem esse*. Non est igitur affirmativè legendum, *emptionem esse*: Nec objicien dũ putat; imò suprà hoc non Paulus, sed Ulpian. *in d. l. in venditionibus. §. 1. & d. l. quid tamen. de contrah. empt.* dixit. *Dicam*, inquit Cujac. *Trebonianum sæpe introducere unum dicentem, se suprà dixisse; quod tamen ex alio relatũ est superius*, ut *in l. si in emptione. §. liberum. de contrah. empt. quæ referẽda est ad l. nec emptio. eod. tit. & in l. impuberem. §. item non continetur. ad L. Cor. de falsi. quæ referenda est ad l. divus. §. item senatus. eod. tit.* Cæterùm si paulò accuratiùs naturam actionis ex empto, quæ bonæfidei est, *§. actionum. Inst. de actio.* inspiciamus, primum Cujacii argumentum nullius momenti esse, apparebit. Nam non rarum est, ut quamvis emptio valeat, & res vendita soluta sit, aut eam venditor emptori offerat, adhuc tamen, nõ quidem de illa re soluta vel certè oblata; sed de eo, quod interest, in re circumscriptum, deceptúmve non esse, & quanto minoris ex empto agere liceat: exempli gratia: Si venditor servitutem fundi celavit, valet quidem emptio-vẽditio: ex empto tamen non evadet fundũ præstando, sed adhuc de eo, quod interest, & quãtò minoris, cum eo rectè agetur. *l. 1. §. 1. de action. empt.* omnia enim quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. *d. l. 1. §. 1.* Sic si in emptione modus sit dictus, nisi præstetur, de eo, quod interest, ex empto agetur, *l. 2. l. 4. §. 1. l. 6. in prin. eod.* Sic si servum mihi ignoranti furẽ vendidisti, quamvis duplum promiseris, teneris tamen mihi ex empto, quanti mea interest, scisse. *d. l. 4. in pri.* Si vas aliquod mihi vendideris, & dixeris certã mensuram capere, vel certum pondus habere, ex empto

tecum

tecum agam, si minùs præstes. Imò si vas mihi vendidisti, quod integrum nō est, & ita damnum, dum liquor effluit & perfluit, passus sum; quia integrum dari oportuit, nisi aliud actum appareat, ex empto mihi de hoc etiam damno teneberis. *l.6. §. si vas. ff. de actioni. empt.* Sic si in qualitate fundi venditor mentitus sit, etsi emptio valet, tamen ex empto tenetur de eo, quod mentitus fuit. *l. si in qualitate 22. ff. eod.* Sic etiam in pignore obtinuit, ut si de corpore cōvenit, in materia erratum fuerit, etsi valet pignoris hæc conventio, tamen pigneratitia tenetur debitor de eo, q̄ interest creditoris, se deceptum non esse, præter stellionatum. *d. l. 1. in fin. ff. de pignerat. action.* Pari modo absque ἀσυλλογισίᾳ dicitur: etsi emptio eo casu, quo neque in corpore, neque in materia, sed solummodò in ejus qualitate erratum est, valet; tamen de eo, quod interest, in qualitate & bonitate materiæ deceptum non esse, quantoque minoris, ex empto agetur cum venditore. Etenim tum tandem ἀσυλλογισία orationis esset, si in antecedente enunciati hujus discreti parte eadem esset prædicatio tātùm verbis mutata, idemque prædicationis subjectum, quod est in parte consequente: veluti in exemplis à Cujacio adductis. At *in d. §. quamvis.* in prima enunciati parte subjectum prædicationis illius est, *error circa qualitatem*, de quo prædicatur, *quòd is non impediat emptionem fieri*: in altera parte subjectum est, *id quod interest emptorem in qualitate rei deceptum non esse*: & *de hoc* nihilominus *agi posse*. Nihil ergo similitudinis habent exempla illa Cujaciana cum sententia Pauli, qui non dixit, ut Cujac. ait: *Licet emptio utilis sit, tamen ex empto agetur*: sed *de eo, quod interest, ex empto agetur*: non quia utilis sit, vel inutilis, sed decipi non

oportuit emptorem, &c. Duas, inquam, discretas res & ratione inter se disfidentes, non unam can-
39 demque rem Paulus enunciat *in d. §. quamvis.* † Quod ad secundum attinet, credo omnino falsum esse, aliquo casu dari actionem ex empto, ubi nulla emptio est, nec diversum per allegata exempla ostendi. Etenim quod dicitur liberi hominis rei sacræ, sanctæ, publicę, nullam emptionem-venditionem esse, certum est, si ipsas res respiciamus, & quales natura sua sunt: item si inter scientes harum venditio tractatur, vel si uterque, emptor & venditor, ignoraverint corporis venditi hanc qualitatem: si verò venditor sciat, emptor ignoret, hoc casu liberi hominis, rei sacræ, &c. emptio-venditio est, ac proinde empti actio; non quòd ipsa res sacra, ipse homo liber ex empto tradi debeat: sed quòd dolo venditoris circumventus sit emptor, de eo, quod interest, experietur; quippe hæc natura est bonæfidei actionis, *l. 1. §. 1. ff. de actionib. empt.* ut dolum vindicet, *§. in bonæ fidei. Institut. de action.* Et hic dolus facit, ut emptio-venditio intelligatur contracta, quæ aliâs non esset. Et hanc esse veram sententiam *d. l. 6. d. l. liberi 70. d. l. æde 73. juncta l. 4. l. 5. ff. de contraben. empt. §. fin. Instit. eod.* ex ipsorum locorum & verborum collatione cuique fit manifestum. Eo igitur tandem casu, non alio, tenet empti actio, quo ipsa emptio: deficiente penitus emptione, deficit quoque actio ex empto. Quî enim effectus existet, causâ nullâ præcedente? Tertium
40 quoque nihil sublevat. † Etsi enim, *quod suprà* (hoc est, libro XXIII. ad edictum: nam inde *d. l. si sterilis* desumpta est) *dixerit* Paulus, *cùm in Corpore*, &c. in nostris Pandectis non extet; sed sola Ulpiani sententia hac de re sit relata, *in d. l. 9. §. 1. d. l. alioquin.* non tamen

rectè

rectè propterea colligitur, Paulum nihil in eâ sententiam hoc libro XXXIII. ad edictum scripsisse. Itaque eâdem facilitate hoc argumentum diluitur, qua afferitur. Imò, quo simili utitur Cujac. *ex d. l. si in emptione. §. liberum. ff. de contrahen. empt.* prorsus est dissimile: Nam eo loci illa verba: *quamvis dixerimus, futuras res emi posse:* non hunc sensum habent, quem Cujac. censet; sed in isto *vers. quamvis*, removet JCtus tacitam objectionem, ac si dicat: *quamvis dixerimus*, hoc est, concesserimus, *res futuras emi posse*, non tamē valebit ista emptio, *cùm servus erit:* siquidem neque fas, neque humanum est, hominem ejusmodi hominis casum cogitare, nedum pacisci. *l. inter. §. sacram. h. t.* Proinde cur non potuit Paulus libro singulari ad SCtum Libonianum eadem disputare, quæ Callistratus lib. v. quæstionum tractavit? an non SCtum Libonianum ad falsi crimen spectat? Etenim cùm veritas multiplex non sit, eadem de eodem utrumque scripsisse probabile est. Absit igitur, ut hanc notam falsi testimonii Treboniano cum Cujacio, *in d. l. si id quod 22. & d. observ. 5. lib. 2.* inuramus. Absit, ut verba, *suprà dixerimus*, spuria ac supposititia putemus.

† Porrò exemplum *in d. §. quamvis.* subjicitur tale; 41
veluti si mensas quasi citreas emit, quæ non sunt. Hoc sanè exemplum qualitati, h. e. bonitati, non materiæ convenit. Materia istarum mensarum, erat materia lignea, sive lignum-materia (nam lignum, aliud est materia, aliud absolutè & propriè lignum: hoc comburendi, illud ædificandi, cælandi, dolandique causa comparatum habetur, *ut in l. carbonum 167. ff. de verb. signif. ex l. ligni 55. ff. de lega. 3. & similibus declaratur*) ut ita non in materia, sed qualitate & bonitate ejus erratum fuerit. † Citreæ mensæ, quæ ex citri materia 42

(hoc est, arbore citro, vel cedro) conficiebantur, olim in magno precio habebantur. Itaque vel exemplum à Paulo in fine annexum probat, nō negativè,
43 sed affirmativè. *d. §. quanvis* legendum esse. † Rursum objecerit aliquis *l. Labeo 45. ff. de contrah. empt.* ubi, etsi in initio idem JCtus asserit, exemplo vestimentorum interpolatorum, quòd eorum emptio valeat, quæ tanquam nova vendita sint, & ita in qualitate erratum; tamen *in vers. quemadmodum.* diversum à superiore dicere videtur. *Quemadmodum*, ait, *si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit, præstet.* hoc est, illud, quod interest,
44 purum & solidum aurum non esse. † Difficultas oritur ex *aurichalci* investigatione. Sunt qui de ære coronario interpretantur, quod & *orichalcum*, quia ex montibus plerunq; eruatur, vocant: *Johan. Robert. d. cap. 4. lib. 1. animad. & notar. lib. 1. cap. 4. Cujac. in merca. 1. cap. 4. Cardan. de subtilit. lib. 6. propè ad fin.* Quod si verum esset, manifesta appareret antinomia inter *d. l. 9. §. 1. d. l. alioquin. ff. de contrahen. empt. & hanc l. Labeo 45. ff. eod.* & malè cum præcedentibus hic vers. cohæreret. Materiam quippe aliam esse æris, aliam auri, idque ex utriusque perfectione in suo genere, & est experientiâ notissimum & clarè asseritur à Jul. Cæs. Scaligero *ad Cardan. exercit. 6. in princ. & sect. 2.* Hoc igitur naufragium ut evitent plerique, ita vel legunt, vel interpretantur; ut aut dicant emptionem esse nullam: aut cùm textus reclamet nimiùm, ita scriptum esse contendant, *si vas aureum orichalcum*, hoc est, vas ex auro & orichalco conflatum: vel *vas aurichalcum*,
45 ex auro & ære conflatum. † Sanè autore Festo *aurichalcum* non propriè idem est, quod *orichalcum*, licet coloris imitatione hoc quoque nomen à plerisque

que & frequentiùs orichalco tribuatur: sed aurum χαλκῷ permixtum atque ita vilius aurum, sive impurum, & ære contaminatum, ut de viriola Ulpian. *in d.l.alioquin:* cui vocis etiam analogia ac conjugatio adstipulatur. Vas igitur puto intelligendum, quod ex tali impuro & ære contaminato auro factum est: cujus emptionem valere *ex d.l.aliter 10.d.l.alioquin.* notum est: & optimè præcedentibus conveniet *in d. l. Labeo 45.* † Deniq; non dissentit à proposita distinctione *l.cùm ab eo 41. §. fin. ff. de contrahend. empt. Mensam argento coopertam mihi ignoranti vendidisti pro solida* (hoc est, pro argentea & quæ ex mero solidoque argento cõfecta esset) *imprudens* (sine fraude & machinatione) *nulla est emptio, pecuniaq; eo nomine data condicetur:* scil. quasi sine causa data. *l. 1. & seqq. ff. de condict. caus. dat. l. si ego 18. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Equidem aliud est, argentea mensa, sive mensa ex solido argento; aliud mensa argẽto cooperta: sicuti aliud est scyphus aureus, aliud auro coopertus: illius substantia est ex argento, ex auro confecta; hujus non est ex auro, ex argento, sed vel ænea vel lignea. Operimentũ quippe est, quasi mensæ vestis, & lamina mensam operiens ac vestiens & ornans. Hinc enim nomen habet, autore Donello, Cujacio & aliis *in d.l. si id quod 22. h.t. ex Plinio.* † Hactenus ergo vidimus, quid emptio differat à stipulatione, si quæstio sit de errore circa materiam ac materiæ qualitatem. Antequam verò hæc dimittamus, duo excutienda occurrunt: unum est, si emptioni subdita sit stipulatio, & in utraq; circa materię qualitatem erratum, an stipulatio imitetur naturam emptionis, an propriæ huic regulæ *in d. l. si id quod 22. h.t.* acquiescat? Alterum est, quid sibi illa *in d. l. si id quod 22. h. tit.* clausula, *sed ex doli mali clausula tecum* 46 47

48 *agam, si sciēs me fefelleris,* &c. velit? † Quod ad primam quæstionem attinet: Cujac. *ad d.l. si id quod 22. h. tit.* in ea est sententia, si emptioni, in qua circa rei venditæ materiam erratum est, subdita sit stipulatio, hanc nostram conclusionem cessare. Sicuti enim stipulatio legati, cui subdita est, causam & naturam sequitur, *l. 1. §. si quis. ff. ut legato. nomi. cave.* ita etiam emptioni subdita ejus naturam ac regulas imitatur. *l. 4. ff. de usur. l. 5. vers. conventionales. h. tit.* Sed frequentiùs obtinuit, *teste Jason. in d. l. si id quod 22.* nec obscurè innuente Donello, *in d. l. 5. num. 18. h. tit.* regulam *in d. l. si id quod 22.* & hanc nostram conclusionem procedere non solùm, si cuicunque alii contractui, sed & emptioni
49 subdita sit. † Nam, quod dicitur, stipulationem imitari naturam ejus negotii, cui adponitur; verum est, quo ad conditiones, personas, causas, accessiones. *d. l. 1. §. si quis. ff. ut legato. nomi. cave. d. l. 4. ff. de usur. d. l. 5. vers. conventionales. ubi Bart. Zas. Jas. Donell. &c.* item ut interpretationem ejus, quod actum est, ex illo recipiat negotio, cui accessit, neq; novasse, sed majoris cautionis gratiâ secuta consecutur, *d. l. 5.* Quantum verò ad propriam suam formam, naturam & efficaciam, nihil ejus mutat, quod naturâ habet, nec contractus regulis, cui accedit, se hac in parte subjicit, ut exem-
50 plis probat Donellus *in d. l. 5. num. 18.* † Quid si ignoranti mihi hominem liberum imprudens, vel dolo malo vendidisti, eundemque stipulanti promisisti? ex empto tecum agam, cùm emptio hæc catenus consistat, quatenus à te non debui decipi, ut modò *ex l. 4. l. 5. t. 6. d. l. liberi 70. ff. de contrah. empt.* colligebamus ex stipulatione minimè: cùm homo ille condici non possit, qui liber est, *l. si stipulor 35. l. inter stipulantem 83. §. sacram. h. t.* neque id quod interest, in hāc

stipu-

ſtipulationem ſit deductum. *Donel. in d.l.5. num.18. d.l. ſi ſtipulor 35. h.tit.* Deinde textus *d. l. ſi id quod 22.* generalis eſt, nec diſtinguit inter ſtipulationem emptionis cauſa interpoſitam & quamlibet aliam: nec ullo alio loco de exceptione apparet. † Quod igitur à regula exceptum non oſtenditur: ſub regulę diſpoſitione permittamus, neceſſe eſt. *Weſenb. conſ.7. num.7. Bartol. Jaſon ad l.2. num.33. ff. ſi quis in jus vocat. non iet. per l. quæſitum. §. denique. in fin. ff. de fund. inſtruct. inſtrum. leg.1. Bald. in l.1. §. ſed excipiuntur. in fin. ff. de feriis.* † Ad alterum propero: Si contractus ſit bonæfidei, cujusmodi eſt pignus, emptio-venditio, locatio-conductio, &c. dolus ille debitoris, venditoris, locatoris, emēdatur ex ipſo contractu, cui exceptio de dolo ineſt. *§. in bonæfidei. cum ibi nota. Inſtit. de action.* Stipulatio autem, ut infrà dicetur prolixiùs, ſtricti eſt juris. Itaque ex ipſo contractu non emendabitur, niſi ſubdita ſit de dolo ſtipulatio, *juxta l. ſtipulationes commodiſſimum. l. doli. h.tit.* Unde, quod Paulus *in d.l. ſi id quod 22. h.tit. in verſ. ſed ex doli clauſula tecum agam, ſi ſciens, &c.* hunc ſenſum habet: Si de corpore convenit, in materia erratum eſt, nihil præter corpus illud debet; imò ne quidem de eo, quod mea intereſt, etiamſi me dolo circumveniſti, niſi *doli mali clauſula*, hoc eſt, ſtipulatio illa, *dolum malum abeſſe abſuturumque. juxta d. l. doli 119. l. ex ea parte 121. l. ſi ita quis 135. §. ult. h.t.* addita fuerit. Nam tum tandem te etiam ex hac clauſula de eo, quod intereſt, ex ſtipulatu obligatum habebo. Et in hanc illius *verſ. ſed ex doli.* interpretationem facilè conſentiunt Alcia. Zaſ. Donell. Cujac. † Quod verò de doli mali actione ex edicto quidam adferunt, à ſenſu JCti eſt alienum, nec huc excutiendum ſpectat, ſed ad tit. de dolo malo rejicio.

51

52

53

V. CONCLUSIO.

54 *Sed † nec error circa causam stipulationis, nec causæ falsitas stipulationē vitiat, nec doli mali exceptione eliditur, nisi in ea causa erratum sit; quæ si vera fuisset, promissorem citra stipulationem ad satisfactionem coëgisset, nec, si scisset veram non esse, promisisset.*

l. si divortio 21. ubi Zas. Alcia. Donell. h. tit. l. si stipulatus 15. ff. de fidejusso. l. 6. C. si cert. petat. l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. except. l. pen. §. mulier, quæ. ff. solut. matrimon. Emanuel Soarez lib. 1. obser. cap. 25. & in addit. ad Anto. Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 9. num. 3. ad verb. in l. 2. §. circa. ff. de dol. except.

55 † Hic enim error, hæc causæ falsitas non ingreditur contractus substantiam, nec dissensum generat in
56 ipso, quod tractatur, negotio. † Est proinde stipulatio per se satis firma & efficax causa: nec quod promittitur, potest dici sine causa deberi. Itaq; si uxori tuæ bonâ gratiâ à te divertēti, soluto jam matrimonio, dotis causâ promittas cēctum, cùm sine dote tibi nupsisset; vel, cùm centum in dotem tibi numerasset, tu ducentos ex ea causa reddi stipulanti spopondisses: Utroq; casu stipulatio vires habebit, nec eam repelles doli mali exceptione, quasi sine causa promissum contra bonam fidem exigat. *l. divortio 21.*
57 *ibi Zas. Alcia. Donel. h. t.* † Imò verò, aut sciviſti causam esse falsam, propter quam promiseras: & tibi imputabis, quod promisisti: donare enim voluisse videris. *l. 1. ff. de condict. indeb. l. donari. ff. de reg. jur. l. Campanus. ff. de oper. liber.* aut si te ignoraſſe dicis, fides non habetur, nisi, justo te errore ductum, probaveris: pro-

prii

prii quippe facti, an aliquid, & quantum dotis nomine ab uxore divertente accepisses, ignorantia neque justa, neq; probabilis est, *l.3. ff. de jur. & facti igno. l. ult. ff. pro suo. l. de ætate. §. ex causa. ff. de in errog. action. l. res obligata. ff. de lega. 1. ubi Alex. l. magnam. vers. cùm eâ quæ. Cod. h. tit. Duarenus & Alcia. in d. l. divortio 21. num. 2. In tri-* nisi de facto valde antiquo agatur. *l. qui fundum. §. servus. ubi Bart. ff. pro empt. Alciat. d. num. 2.* vel ob similem aliquam gravem causam justitia ignorantiæ doceatur: vel si error & ignorantia illa proficiscatur ex alieno facto: puta si quis maritus credat uxorem suam patri numerasse dotem, in cujus potestate fuisset tempore nuptiarum; aut si quis stipulanti, quam negotia sua gessisse existimat, quæ gesta non sunt, promittat: His & similibus casibus justa ignorantia, & justus error esse potest, cùm factum alienum etiam sapientissimos fallat. Itaque hoc casu, exceptioni doli mali locus erit; quia non promisisset, si sciviſſet, causam illam falsam esse, *l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. except. l. l. penult. §. mulier, quæ. ff. solut. matrimon. l. qui sine 3. ff. de condict. sine cauſ.* † Idem in legato obti- 58
net. Falsa & erronea causa, propter quam quis legat; puta, quòd centum dotis nomine ab uxore habeat, quòd negotia sua gesta sint, &c. legatum non vitiat, *d. l. divortium 21. in fin. h. tit. l. demonstratio 17. §. quod autem. l. falsa causa 33. l. cùm tale 72. §. falsam. ff. de condit. & demonstr. §. longè magis. §. sed si uxori. Institut. de legat.* nisi probetur ab herede, quòd non legasset testator, si causam esse falsam sciisset, *d. l. cùm tale 72. §. falsam. l. cùm alienam 10. Cod. de legat.* Tum enim rectè legatario objicietur exceptio doli. *d. l. cùm alienam. C. de lega. d. l. cùm tale 72. §. falsam. ff. de condit. & demonstr.* † Quod 59
autem in legatis juris est, in stipulationibus quo-

que locum habet: & argumentum à legatis ad stipulationes est reciprocum, *d. l. divortio 21. h. titu. in fin.* ibi Jason & alii, *l. quæ de legato 46. ibi gloss. & alii. ff. de legat. 1.* nisi ubi aliud specialiter dispositum inveniatur. Ergo, si alibi causa occurrat in stipulationibus falsa; & constat, si id promissor sciviſſet, quod non promisſiſſet, jam certum est, etsi consistat stipulatio, agentem tamen doli mali exceptione repelli. *d. l. 2. §. circa.*

60 *d. l. penult. §. mulier.* † Hoc autem potissimum accidit, si propter talem causam promisit, quę si vera esset, etiam citra stipulationem ad solvendum reum cogeret, ut Donell. *in d. l. divortio 21. num. 9.* explicat: quòd si non cogeret ad satisfactionem, prorsus non erit admittenda doli mali exceptio: quia cùm gratuita sit causa, utique donandi animo promisisse cẽsetur juxta *d. l. donari. l. in summa 65. §. id quoque. de condict. indeb.* nec præsumi potest, quòd non promisisset, si causæ illius falsitatem sciviſſet: veluti si quis promittat alicui centum eam ob causam, quòd existimaverat stipulatorem olim fuisse condiscipulum

61 suum. † Non ergo obstat *l. 1. l. 3. ff. de condict. sine caus.* ubi cavetur, si quis sine causa promiserit, vel se alicui obligaverit, condici obligationem. Nam recurrendum semper est ad illam distinctionem, an causa sit onerosa, vel liberalis, ut illo casu hoc procedat, non hoc posteriore, juxta *d. l. 1. ff. de condict. indeb. d. l. donari. ff. de regul. jur. d. l. in summa 65. §. id quoque. ff. de condict. indeb.* Deinde procedit *d. l. 1. & d. l. 3.* si appareat, quòd promittens ita se non obligasset, si causæ defectum intellexisset. Rursum non obstat *l. 2. l. dictam. Cod. de condict. ob caus. l. 4. ff. eodem. l. 2. §. 1. de donation. cum similibus:* ubi datur condictio obligationis vel rei datæ, si causa ob quam promittebatur,

vel

vel dabatur, deficiat, & ita sine causa esse incipiat: si ergo datur repetitio, multò magis exceptio doli, quia dolo exigere videtur, quod sine causa debetur, quod ad non causam redigitur, quod statim restituendum est. † Distinguendum hîc est inter causam 62
præteritam & futuram: si datur, vel promittitur aut legatur ob causam præteritam, plerunque hæc causa est impulsiva & finalis secundaria, ideoque ipsam obligationis substantiam non ingreditur: si verò ob causam futuram; quia inde negotium hanc conditionem habet, ut propter eventum illius causæ res transeat: nec aliter negotium sit firmum, quàm si causa ista sequatur: utique hoc casu pars formalis est stipulationis, vel legati: & nisi causa sequatur, juxta conventionis vel legati legem, evanescit. † Sic etiam 63
multum interest, an præteritæ causæ expressio simpliciter concipiatur, ut causa ob quam, an verò ut conditio. Nam si conditionaliter concepta fuerit causa; puta, si nonaginta dotis nomine debeo, centum do lego: centum promitto, &c. non aliter firma erit obligatio, quàm si de veritate illius causæ appareat. *l. conditio. h. titu. §. conditiones. Institut. h. tit. l. demonstratio 17. §. quod autem. vers. at si conditionaliter. de condit. & demonst. Donell. in d. l. divortio. num. 6. & 7. h. tit.* † Porrò ex his notum est, *d. l. penult. §. mulier. ff. so-* 64
luto matrimo. huic conclusioni & *d. l. divortio 21. h. t.* non obstare. Non quidem distinguendum est inter demonstrationem falsam, ac si de illa agatur *in d. l. divortio 21.* nec obsit; *per l. 2. §. creditum. ff. de reb. cred. si cert. pet.* & inter falsam causam, de qua *in d. l. penult. §. mulier.* Nam verum non est, illa verba, *dotis nomine,* in *d. l. divortio 21.* pro demõstratione accipienda, ut rectè Donell. communem & Duaren. secutus contra Cujac.

monuit, non obstante *l. ult. C. de falf. cauſ. adjec. l. ſi ſic legatum 75. §. ſi mihi. de legat. 1.* cùm nihil aliud probent hi textus, quàm falſam demonſtrationem legatum non vitiare: minimè verò, quòd hæc verba *dotis nomine*, nihil aliud, quàm demonſtrationem ſignifi-
65 cent. † Imò cauſam ſignificare, arguit cauſæ definitio à Cujac. *in d. l. divortio*, tradita: *Cauſa*, inquit, *eſt ratio promittendi.* Qui autem divertenti uxori promittit dotis nomine, non quid, ſed cur promittat, & ratio-
66 nem promiſſionis exprimit. † Demonſtratio autem dotis eſt, quando, quid, quale, quantumque ſit, quod promittitur, vel legatur dotis nomine, ſignificatur, *ut ex d. l. ult. & d. l. ſi ſic legatum 75. §. ſi mihi. §. ſed ſi*
67 *uxori. Inſtit. de legat. notum fit.* † Deinde *d. l. penult. §. mulier. ff. ſolut. matrimon.* longè faciliùs poteſt de demonſtratione, h. e. de quantitate dotis demonſtrata acci-
68 pi, quàm *d. l. divortio.* † Et certè non ſemper verum eſt, falſam quantitatis demonſtrationem non vitiare legatum, vel promiſſionem: fallit, ſi certa quantitas vel corpus non ſit expreſſum. *d. l. ſi ſic legatum 75. §. ſi mihi. ubi gloſſ. ff. de legat. 1. l. 3. Cod. de falſ. cauſ. adjec. l. quintus 10. verſ. quia certò. ff. de aur. argent. mund. legat.* aut probetur, quòd non legaſſet vel promiſiſſet, ſi demonſtrationis falſitatem notam habuiſſet, *arg. l. 1. ff. de liber. lega. l. nominatim 34. verſ. ſi certum ſit. l. cùm tale 27. §. fin. verſ. idque ſumſit. ff. de condit. & demonſt.* Itaque adhuc non eſſet aliqua differentia inter falſam demõſtrationem & falſam cauſam, ut revera etiam, quo ad id, de quo quærimus, non eſt, *per d. l. demonſtratio 17. in princ. & §. 1. §. 2. d. l. cùm tale. §. falſam cauſam. §. fin. ff.*
69 *de condit. & demonſtr.* † Magis ergo eſt, ut reſpondeamus, *in d. l. pen. §. mulier. ff. ſolut. matrimon. quemadmodum dos peta.* agi de juſtâ ac probabili ignorantiâ, vel errore

pen-

pendente ex alieno facto; & quando certum est, quòd maritus non promisisset hanc majorem quantitatem, si sciviſſet minorem tantùm dotis nomine se debere: in quam etiam sententiã Donellus transit, *num. 9.* Et quòd hæc vera sit, colligitur ex ipsis *d. §. mulier, quæ.* verbis: nam mulier, quæ centum dotis causa apud maritum habebat, soluto per divortium matrimonio, stipulata erat à marito errante ducenta. Stipulabatur igitur non simpliciter, ut dotis causa ducenta promitteret, sed ut ea ducenta, quæ dotis apud eum essent, sponderet: atque ita errantem induxit mulier, ut majorem spoponderit quantitatem, quam non promisisset, nisi errasset. † Rursum 70 non obstat *l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. except.* *Circa primam*, inquit Ulpianus, *speciem, quibus causis hæc exceptio locum habeat, hæc sunt, quæ tractari possunt: si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit; tamen dicendum est, eum, cùm litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: & si cùm interponeretur justam causam habuit; tamen nùc nullam idoneam causam habere videtur: proinde & si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit: etsi verta fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est: dicendum erit nocere exceptionem.* Scio quidem sic accipi vulgò, quasi pura stipulatio sine causa facta, hoc est, quæ aliam causam præsuppositam non habet, non valeat; saltem opposita doli mali exceptione: *Zas. in d. l. 2. §. circa. post gloss. Bartol. Alexand. item Dd. in d. l. divortio. & in l. 1. §. 1. ff. de pollicit. Anton. Gomezius tom. 2. variar. resolution. cap. 9. num. 3. vers. si verò non habet causam. & cap. 11. numero 3.* Atque ita exceptioni doli mali ob

defectum causæ vulgò simpliciter locum faciunt, si modò non sit conditionalis stipulatio, contra quam arbitrantur hanc exceptionem opponi non posse, propter *L. A. Titio 108. ubi Alexand. h. tit.* Sed hæc sententia *d. l. 2. §. circa.* non est, quia non indistinctè ob defectum causæ doli mali exceptionem asserit competere, sed ita demum, si errore lapsus sit, qui promisit, nec promissurus fuisset, si causæ falsitatem scivisset; aut si ob certam causam, quæ sequi debebat, promisit, nec secuta est, ut exemplum de stipulatione, quæ spe futuræ numerationis fiebat *in vers. proinde.* Et illa verba: *& si, cùm interponeretur, justam causam habuit*, &c. luculenter ostendunt. Qua declaratione admissa, optimè *cum d. l. divortio 21. hoc titul. d. l. penul. §. mulier quæ. ff. solut. matrim.* & cum hac conclusione nostra convenit: idque rationem habet, *ut Emanuel Soarez in addit. ad Gomez. d. cap. 9. nu. 3. ad verba: ut in l. 2. §. circa. ff. de doli exceptione. in fine notat ex Castrensi ad l. quoties. num. 9. soluto matrimon. Fulgos. ad l. generaliter. num. 5. & 6. Cod. de non numerat. pecun. & Biguer.*

71 *ad Rubr. h. titul. num. 21.* † Denique eadem ratio est *l. sed & si quis 4. §. fin. ff. si quis caution. judic. sistend.* Quidam, qui judicio sistendi causâ cavere non debebat, (fortasse quòd pater erat, vel alia persona necessitudine juncta, aut rem immobilem possidebat) satisdato promisit: quæsitum est, an fidejussoribus exceptio competat doli, vel in factum? Hîc Jurisconsultus distinguit, an facti errore; an verò certa conventione stipulatio & satisdatio facta sit ab eo, qui jure tutus ab hoc cautionum genere erat: illo casu fieri locum exceptioni, hoc non: idque à simili & autoritate Juliani Ulpianus probat: *Nam si judicio sistendi causa pluris* (plus, alii legunt, sed eodem

dem res redit) *quàm statutum est, per ignorantiam promissum fuerit, exceptio datur: si autem ex conventione tantæ summæ promissio facta sit, exceptio pacti conventione elidetur per replicationem.* Hîc eadem locum habet ratio, ob quam locus detur exceptioni: quia promissor erravit in eâ causâ, quæ si vera fuisset, etiam citra conventionẽ compelli potuisset, ut caveret: & si eam falsam sciviſſet, ſatisdato non promisisset. †Cui 72
consentit, quod de fidejussore per errorem dato ab eo, cujus obligatio tempore transacto erat extincta, scribitur *in l. si quis postquam 37. ff. de fidejuss.* † Eun- 73
dem intellectum habet, quod *in l. si stipulatus esses 15. ff. de fidejuss.* respondsum est: *Si stipulatus*, inquit Julianus, *esses à me sine causâ, & fidejussorem dedissem & nollem eum exceptione uti, sed potiùs solvere, ut mecum mandati judicio ageret; fidejussori, etiam invito me, exceptio dari debet: interest enim ejus, pecuniam retinere potiùs, quàm solutam stipulatori à reo repetere.* Hîc sine causa, intelligitur illa tandem, quæ ab initio errorem & ignorantiam habebat. Nam si sciviſſet ab initio, se sine causa promittere, donasset, nec ad fidejussorem ulla doli exceptio pertinere posset, *arg. l. 6. & l. 7. l. 8. §. & generaliter. l. fidejussor 16. §. fidejussor accipi. de fidejussor.* cùm ex hac causa solutum condici non posset; nisi quatenus modum legis, *juxta l. pen. §. ultim. Cod. de donat.* excessisset. *argum. l. fidejussori 24. de donatio.* Quare idem etiam obtinet, si ex tali causa falsa promisisset & fidejussorem dedisset, quæ etsi vera fuisset, non obligasset promissorem, sed mera liberalitate constitisset: cùm & hoc casu vera esset donatio, autore Donell. *in d. l. divortio 21.*

I. CONSECTARIUM. †*Quæ cùm ita sint, evidenter patet, interpretibus magni erroris causam (ita cum Em-* 74

manuele Soarez loqui licet) *præbuisse dict. leg. 2. §. circa. ff. de doli mali except. quod Gomez. dict. cap. 9. num. 3. & cap. 11. nu. 3. Alexand. ad leg. à Titio. hoc tit. Jas. ad l. lecta, num. 25. ff. de reb. cred. si cert. & ad l. 7. §. sed cùm nulla. nume. 3. ff. de pact. Felin. in cap. si cautio. de fide instrum. Loriot. de pact. cap. 56. Conan. lib. 5. cap. 9. jur. civil. & multi alii*, autore Emmanuele Soarez. *commu. opin. verf. stipulatione. num. 201. 202. 203. existimarunt, stipulationem, ni causa aliqua subsit, non valere, & semper doli mali exceptione propulsari.* Etenim, ut Emmanuel Soarez. *in lib. 1. observ. cap. 25. & in addit. ad Gomez. dict. cap. 9. ad verb. ut in leg. 2. §. circa. de doli mali except. & dict. num. 203. & 204. verb. stipulatione. in thesauro commun. opinio. rectè notat*, & ex jam dictis constat, hæc opinio *per dict. leg. 2. §. circa.* non probatur, & evertitur *per dict. l. divortio 21. & d. l. à Titio 108 hoc tit.* alioquin semper falsa causa stipulationem vitiaret:
75 quod negandum est. † Deinde, etsi *causa ob-quam* demonstrata queat falsa esse, & eatenus stipulatio sine ullâ causâ existat: non tamen obligatio inde nata est prorsus sine causa, cùm ipsa stipulatio per se sit sufficiens causa obligandi. Frustrà autem prodita esset, frustrà tam curiosè tradita, frustrà proprius ac peculiaris diceretur contractus, si per se, si-
76 ne alterius causæ adminiculo non consisteret. † Itaque, ut aliquando ob defectum causæ deficiat, & locus sit exceptioni doli mali, solius non est stipulationis, sed hoc commune habet cum cæteris contractibus. Nam si ideò vendidisti eodem pretio, quo emeras, quia putabas te de retrovenditione obligatum esse, cùm non esses, utique doli exceptioni locus erit: quia si sciisses, de reluitione nihil fuisse conventum, non vendidisses. Cæteris casibus emptio valet, etiamsi falsa sit ejus causa, aut demonstra-

tio,

tio, nec exceptioni locus est: modò hęc causæ vel demonstrationis falsitas non ipsam emptionis substantiam sive formam evertat, ut in facti specie. *l. si quis fundum 37. ff. de contrah. empt.* † Rursum, nisi stipulatio per se efficax & firma obligandi causa esset, sine ulla alia: certè nō ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causâ oporteret solvi, & fruſtrà referretur inter causas, sive titulos acquirendi *in §. item nobis acquiritur. vers. sive quid stipulentur. Instit. per quas person. nob. acquir.* At hoc posterius concedere iniquum est. Ergo & prius. Accedit Plauti autoritas in Pseudulo actu 1. quem inducit Emanuel Soarez: 77

C A. *Satis, si futurum est.* P s. *roga me viginti minas,*
Ut me effecturum tibi, quod promisi, scias:
Roga. C A. *obsecro hercle.* Ps. *gestio promittere.*
C A. *Dabisne argenti mihi hodie viginti minas?*
P s. *Dabo, &c.*

Nulla causa hîc ita promittendi suberat: autor tamen est Plautus, cam stipulationem valere. † Rursum, *in l. si ex precio 6. C. si cert. petat.* casus occurrit, ubi falsa stipulationis demonstratio & causa erat, nec tamen doli exceptio datur. Sic enim Impp. *Si ex precio,* inquiunt, *debitæ quantitatis factâ novatione per stipulationem usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuò datæ quantitatis demonstratio præmissa, cùm obligationis substantia non defecerit, quo minus usq; ad placitū modum usuræ possint exigi, nihil nocet &c.* Casus hic est: Venditor, cui precium ex causa venditionis debebatur, animo novandæ obligationis venditi precium ab emptore stipulatus est: Deinde usuras stipulatus est ab eodem, tanquam mutuò datæ pecuniæ: Quæsitum fuit, an fœnoris nomine (h. e. ex mutui causa: quippe mutuæ pecuniæ propriè 78

fœnus est) usuras ex stipulatu petitas solvere debeat promissor? Rescribitur, quanquam falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio, hoc est, causa, huic usurarum stipulationi sit præmissa, cùm pecunia nō ex mutuo, sed ex stipulatione novandi animo facta debeatur: tamen ut promissæ usuræ exigi possint, satis esse, non deficere substantiam obligationis, h. e. stipulationem (ut rectè Anto. Fab. *lib. 5. conject. cap. 10.* meo judicio interpretatur) interveniisse: per quā certum est, rectè contrahi fœnoris præstandi obligationem. *Lidemq; 10. §. si quis Titio. ff. mand. l. si pro parte 10. §. sed utrum. ff. de in rem vers. l. Titius 24. ff. de præsc. verb. l. 3. C. de usur. &c.* Scio esse, qui *obligationis substantiam*, de pecunia debita intelligunt: unde consequens esset, sustineri hanc de usuris stipulationem nihilominus ex causæ & demonstrationis veritate, quasi plus fuisset in veritate, quàm in præmissa illa opinione: quod si nec illa revera adfuisset, Impp. rescripsissent, nihil exigi posse: ut fieri in secunda *d. l. 6.* parte putant; quando ita sequitur; *Si verò citra vinculum stipulationis tantùm mutuā pecuniam datam conscriptum est, & ejus præstari fœnus convenit. simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione.* Simulatis pro infectis habitis, per exceptionem fortasse doli. Sed neque illa verba, *obligationis substantia*, neque *versic. si verò citra. in d. l. 6. C. si. cert. pet. at.* hoc sensu accipi potest: ut Anton. Fab. *d. c. 10. lib. 5. conject.* rectè monuit. Nam consulti erant Impp. tantùm de usuris, quæ ex hac pecuniâ in stipulationem novandi causâ deductâ, promittebantur: Hi distinguunt, aut novatione factâ per stipulationem usuræ tanquam ex mutuâ pecuniâ sunt promissæ, aut per nudum pactum: si per stipulationem fuerint promissæ, licet

ex

ex falsa causa vel demonstratione, debentur; quia hæc per se firma est & efficax ad obligandum. *l. 3. C. de usur. d. l. Titius 24. ff. de præscrip. verb.* si solummodo pacto, tum *simulatis pro infectis habitis*, hoc est, sublata pacti causa & conventione, quæ de fœnore præstando convenerat, ac si credita pecunia fuisset, quæ credita non fuerat, sed ex stipulatione debita, *quod superest*, nuda scil. usurarum promissio, *nihil de præcedente mutare potuit obligatione*: hoc est, non potuit efficere, ut novatione jam factâ, ex vendito amplius precii debeatur, & obligatio precii pacto usurarum augeatur, tametsi augeri potuisset, si novata venditi actio & obligatio per stipulationem non fuisset, *arg. l. cui negotia. ff. mandat. l. in bonæ fidei. C. de pact.* Ergo & quæstio proposita, & facti species vera & ordo verborum, & ipsa res *in d. l. 6. C. si cert. petat.* suadent, ut jam dicto modo hæc verba declarentur, non illo altero. Et per consequens probatur illud, stipulationem per se se, sine ullius alterius causæ subsidio subsistere, nec doli mali exceptione expugnari, etiamsi causa vel demonstratio, quæ subesse putabatur, irrita ac falsa sit. Quare rectè fecerunt Fulgos. Castrens. Soarez, Donell. & alii, quòd hac in parte à communi recesserunt. †Non obstant illa, quæ Gomez. *d. c. 11. nume. 3.* Jas. *in d. l. lecta. nume. 25. d. l. 7. §. sed cum nulla. nu. 3. ff. de pact.* & alii pro tuenda communi produnt. Primùm, non est vera facti species, quam *d. l. 2. §. circa.* adfingunt; quandò ita ejus casum ponunt: Promisi tibi decem solenni stipulatione, & non adjecimus causam, vel causa falsa est: Tu stipulator postea agis ex ista promissione, & petis à me decem: quia promiserim: ego contrà excipio de dolo, dicens quòd dolo facias, qui ex promissione petas, & 79

nullam causam, vel quæ falsa sit; adjicias: quæritur an prosit mihi exceptio? & te actorem per eam repelli, JCtum respondere. Non, inquam, hæc vera est facti species, sed ea, quam suprà adumbravimus: nec potest hæc stipulatio propriè sine causa appellari.

80 † Deinde quod *in l. 1. §. 1. ff. de pollicit.* responsum est, in casibus, in quibus potest quis obligari ex pollicitatione, debere intelligi, cùm causa, nihil huc facit. Quid enim pollicitatio, quæ neq; contractus, neq; pactum quidem est, commune habet cum stipulatione? Imò pollicitatio per se nō est causa efficax ad obligandum: ut igitur efficax sit, necesse est ex aliâ fortiore causâ id proficisci. Secus est, si de stipulatione quæras, quæ & contractus & efficax causa per se est ad obligandum, imò firmissima obligandi ratio,

81 à qua & nomen habet, *ut cap. 1.* diximus. † Nihil etiam obstat *l. 7. §. sed cùm nulla. ff. de pact.* Non sequitur, *pactum ni causam habeat, obligationem non constituit, sed exceptionem.* Ergo nec stipulatio causa carens. Etenim pactum, quòd causâ commercii caret, nudum est pactum, & nihil præter pactum: *ut cap. 1.* dictum est: Stipulatio autem per se est causa & negotium, & commercium, quia contractus est. Non ergo rectè hac in parte argumentamur à pacto nudo ad stipulationem. Deinde æquivocatio est in vocula, *causa, in*

82 *d. leg. 7. §. sed cum nulla.* † *Causa* significat id quod *in l. Labeo. 19. ff. de verbor. significat.* est, *ultrò citrò*, item *negotium*, & causa negotiandi, *in d. l. 7. in prin. & §. 1. l. 1. l. 5. l. 9. l. rogasti, & c. l. solent 15. ff. de præscript. verb. l. 1. ff. de rer. permut.* Hic in nostra quæstione, *causa* non idem, sed causam impulsivam, vel finalem secundariam, & si quæ alia est, designat. Itaq; cùm de longè diversa re & causâ quæratur *in d. l. 7. §. sed cùm nulla.* huc nihil

ejus

ejus quadrat. † Sic nihil faciunt *l.1.& l.3.ff.de condict.* 83
sine caus. Nam de sola stipulatione non agunt, sed &
de aliis promissionibus, & proinde de iis casibus,
quos suprà indicavimus. Aut igitur hæc doctrina
Dd. in omni alio contractu locum habebit: aut fal-
sa erit, vel certè *per d.l.1.& d.l.3.* non erit probata. † Ni- 84
hil huc etiam facit *l.non solum. §.fin.ff.de peculio*, ubi sta-
tuitur, *nudam rationem*, h.e. debiti & crediti hinc inde
factam annotationem, *l.si quis 6. §.rationem.ff.de eden.*
non facere debitorem: cui etiam *l.1.C.de apoch.lib.10.l.nuda*
ratio.ff. de donat. subscribunt. Quid, inquam, ra-
tio cum stipulatione commune habet, quæ ne-
que contractus est, neque causa negotiandi? De
sensu *leg. si stipulatus esses 15. de fidejusso.* suprà quo-
que responsum est. † Sic nihil huc facit *l.cùm de in-* 85
debito 25.in fin.ff.de probatio. Nam indebitum ita de-
mum promittitur, quando non fuisset promis-
surus, si se nihil debere, nihilve à se exigi posse, co-
gnitum habuisset: atque ita errorem probabilem
præsupponit: quem casum suprà à regula excipie-
bamus. Si ergo casus est exceptus, regulariter fir-
mam esse stipulationem oportet. † Sed nec argu- 86
mentum à traditione ad stipulationem procedit,
cùm traditio per se non sit causa commercii, ac ne-
gotium, sed alicujus negotii effectus. *§. item per tra-*
ditionem. ibi interpret. Institut. de rer. division. Oportet
ergo traditionem causam habere, & animum utrin-
que transferendi dominium, ut illud transeat, *dict.*
leg.nunquam nuda.ff.de acquiren. re. domin. §. per traditio-
nem.Institut.eod. Sed *ex §.item nobis.Institu.per quas per-*
son.nob.acquir. suprà retulimus, stipulationem justam
traditionis causam esse. † Ad *c.si cautio, extra de fide* 87
instr. respondetur idem, quod ad *d.l.cùm de indebito 25.*

in fin. ff. de probat. Deinde cùm quæstio sit de cautione, hoc est, instrumento, indeterminatè loquente, non continuò sequitur, textum illum de stipulatione agere; imò potest de contractu quolibet alio loqui. Igitur de utro agat, tenetur ostendere actor: & si probaverit, causam ejus cautionis esse stipulationem, non impedietur condemnatio, nisi indebitum promisisse se doceat reus, cùm debitum se promittere credidisset, nec fuisset promissurus, si novisset indebiti causam. † Eadem ratio est *l. fin. ff. de oblig. & actio. l. eadem 2. §. 1. vers. aliud juris est. ff. de donatio.* Nihil etiam movet Dd. (quam vocant) fundamentalis ratio, quando autore Anton. Gomezio dicunt: Quia talis stipulatio vel promissio pura & simplex est contractus vel obligatio nimis generalis, quæ potest interponi super pluribus causis, tam justis, quàm injustis. Unde meritò requiritur causa, ut sciamus & cognoscamus an debeat valere, vel non. *Alii verò contractus*, ajunt, *non requirunt causam: quia sunt speciales, & particulares & specialiter destinati super sua causa, quæ quidem causa est propria forma contractus, & dat formam & dat esse ipsi contractui, ut emptio-venditio, locatio-conductio, societas-donatio.* Hæc Gomez. Sed & stipulatio, inquam, specialem ac propriam suam causam formalem habet, quæ dat esse rei, *ut cap.* 1. expositum est: nec ea mutatur, vel diversum jus sortitur, quod possit aliis contractibus accedere. Deinde etsi cuiq; negotio possit addi stipulatio, *l. 5. h. t.* non tamen propterea nunquam per se & sine alia causa consistit. Quin & cæteræ obligationes propter aliquam causam impulsivam vel finalem secundariam fieri possunt, nec ex earum falsitate vel defectu continuò deficiunt. Quid igitur in causa est,

88

cur

cur secus esse debeat in stipulatione? Imò hîc non de causa formali, sed accidentali quæstio est. Deniq; non caret hæc Dd. ratio (ut vocant) fundamentalis repetitione principii: utpote, quæ id pro concessio præsupponit, quod est in quæstione: dum propterea velit causam oportere subesse veram; quia non possit sine causâ vel ex falsâ causâ stipulatio contracta subsistere.

VI. CONCLUSIO.

89 *S I† per jocum à te interrogaverim, spondes? licet tu seriò respondeas, aut cõtrà: nihil actũ erit.*

l. 3. in fin. ff. de action. & obligat. Consensus quippe deficit, cùm is, qui jocatur, non id velit, quod dicit, sed aliud, quod non dicit. *d. l. 3.* sicut & ille, qui ironicè quid loquitur, & irridendo procedit. *Joseph. Mascard. de proba. volum. 2. conclus. 609. num. 15. 16.* Neq; quis rectè dixerit, jocum fortasse extrinsecus accedere: quæ verò extrinsecus accedunt, vel interim dicuntur, stipulationem non vitiare, *l. quæ extrinsecus 65. h. t.* & qui stipulanti respondet, *arma virumq; cano:* spondeo: vel, *ut flerent oculos erudiere suos*, spondeo; jocari videtur: attamen *in dict. leg. quæ extrinsecus.* responsum est, hunc rectè obligari. † Negandum est, jo- 90
cum extrinsecus accedere: nec de eo sermonis genere per jocum prolato *in dict. leg. quæ extrinsecus 65.* agitur. Exẽpli gratia hoc dicitur, quòd sermo intermedius & παρέργως inter interrogationẽ & responsionem prolatus, licet nihil commune habeat cum negotio, quod agitur, non interrumpat tamen continuam interrogationis & responsionis conceptionem. Sæpè ita homines in more positũ habent, ut interrogati dum deliberant, quid respondere

velint, soleant dicterium quoddam secum murmurare, vel palàm etiam proferre; alii caput quassare; alii raptim hinc inde cursitare: quasi aliud agendo aliud simulent. Quod si fiat; & habitâ animi deliberatione, subjiciatur conveniens responsio, nihil acti putetur interveniſſe, quod impedimento sit negotio principaliter tractato. Et illud est, quod per hoc exemplum *in dict. leg. quæ extrinsecus 65. arma virumq; cano &c.* designatur.

VII. CONCLUSIO.

91 PLanè † *dolo metúve adhibito stipulatio quidem consistit, sed per doli mali exceptionem petitio summoveri debet.*

l. 3. l. 5. ubi Salic. C. de inutil. stipulat. Duaren. post Bald. Jaſ. Zaſ. & alios in l. si quis 36. hoc tit. l. nihil interest de reg. jur. l. siquidem 9. C. h. tit. Wesenb. consil. 65. nu. 10. vel, ut ait Ulpian. *si quis cùm aliter eum conveniſſet* (h. e. decuiſſet & oportuiſſet) *obligari, aliter per machinationem obligatus sit: erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli mali exceptione uti potest: quia per dolum obligatus est, competit ei*
92 *exceptio. l. si quis cum aliter 36. h. t.* † Scio gloſ. Bart. Bal. Jaſon. Zaſ. Duaren. & vulgus Dd. aliter *d. l. si quis cum aliter 36. h. t.* accipere, seque mirum in modum torquere: siquidem vix commodam facti speciem effingere possunt. Putant, fuisse jam antè inter stipulatorem & promissorem actum, ut certo modo de certis quibusdam rebus stipulatio contraheretur: post stipulatorem in stipulandi actu dolo quædam vel omisiſſe non omittenda, vel adjeciſſe minimè adjicienda; utpote, quæ præcedenti conventioni nudæ contraria erant: & respondiſſe ad interrogata reum simpliciter: cujus generis aliquot casus & facti spe-

cies

cies fingit post glos. Zas. & Dua. Et quia aliter, quàm pacto priùs cõventum erat, jam se obligatum animadvertit promissor: exceptionem igitur de dolo dãdam esse, statuunt. † Sed hæc etsi per se vera, textui 93
tamen non conveniunt, propter alterum *d. l. si quis cũ aliter 36. in versidem est.* membrum, de quo infrà. Deinde sibi imputabit reus, quòd cùm audiret à pacto recedi, nõ contradixerit. Est huic etiam illud cõtrarium, quòd falsa causa per se nõ operatur exceptionem doli: ut suprà dictum est. Præterea nõ caret hic intellectus conjecturâ: quippe non sine causa quàm anxiè disputant, quo tempore hoc pactum sit factũ, quantum temporis præcesserit stipulationem. Nam si in continenti factum esset, planè stulta hæc videretur exauditio: cùm stultissimi esset hominis, in re præsenti, quid ageretur, ignorare: imò possit existimari à pacto in continenti recessum esse per stipulationis diversitatẽ, quæ ilicò placuisset: Sj jam dudum præcessit, potest nunc etiã videri recessum à pristina conventione, & aliud placuisse. Deniq; generalitas *d. l. 5. C. h. t.* nimiùm obstabit: quippe non distinguit, an diu præcesserit, an eodem actu pactum quoddam sit factum stipulandi causa: non etiam distinguit, an simpliciter dolo promissor sit circumventus, an ex causâ & tractatu priùs habito. † Tota autem diffi- 94
cultas nata est ex verb. *convenisset*: quod interpretantur de pacto & cõventione: cùm hac significatione in jure sit frequens ejus usus. *l. 1. l. 6. l. 7. ff. de pact. l. si convenerit. ff. de re jud. l. lecta, ubi Dd. ff. de reb. cred. si cert. petat.* Sed non animadvertunt, eandem voculam, *convenisset*, vulgò etiam significare idem, quod est, *decuisset, oportuisset, æquum fuisset.* Sic in *l. nec intentio 23. versic. sed hoc integro negotio tractari convenerat. Cod. de transact.*

Sic in *l.sive apud acta 28.versic.hanc servari convenit. C. eo. l.nunc convenit 15.C.de accusation.l.castitati 9.Cod.ad L. Jul. de adult.* Sic in *l.inter 38.vers.mortis causa me accepisse con-*
95 *venit. ff. de mort. caus. donat.* accipitur. † Rectè igitur Donellus *convenisset*, exposuit, *decuisset*, *oportuisset*: multoque rectiùs facti speciem sumit *ex §. 1. Institut. de exception.* Centum tibi testamenta legata erant: sed in codicillis postea factis quinquaginta tibi ademptа: hoc cùm tu scires, aperto jam testamento, clausis adhuc (vel fraude subductis) codicillis, à me, herede scripto, illico centum ex testamento stipulatus es. Apertis tandem codicillorum tabulis, de quinquaginta ademptis mihi quoque innotescit. Utar igitur adversus te ex stipulatione agentem doli mali exceptione; non, ac si quid contra voluntatem testatoris petas (cui locus esset si ex testamento agas. *l.4. §. praterea sciendum. ff. de dol. mal. except.*) sed quòd dolo & fraude & machinatione tua aliter obligatus sum, *quàm me obligari convenerat*, h.e. oportuerat. Sic, rationem accepti & crediti profers, subtractis quibusdam, quæ meo nomine Titius solverat: tu integram à me stipularis summam: certè hîc aliter per machinationem sum obligatus, quàm me obligari fas erat: itaque agentem te exceptione doli repellam. Hujus generis infinita alia exempla fingi possunt, nec desunt, quæ quotidiana suppeditat
96 experientia. † At quid opus est, dixeris, doli exceptione? Nullane est ejusmodi stipulatio? Id sanè videbatur. Nemo quippe videtur consensisse in id, quo decipitur, quo circumvenitur, quo violenter impellitur: cujusmodi hic dolus & vis est, *argum. l. ni-*
97 *hil consensui 116. in princ. & §. fin. de reg. jur.* † Deinde cùm dolus sit machinatio quædam ad circumvenien-

dum,

dum, decipiendum, fallendum, *l.1.ff.de dol.mal.* & metus vim habeat: vis autem ob bonum publicum ipso jure sit prohibita, *l.1.l.2.l.4.l.5.& c.ff. quod met. caus.* videbitur ejusmodi stipulatio ex causâ turpi & inhonestâ constare, quâ stipulatio per se irrita ac nulla redditur. *l.generaliter. h.t.* † Tertiò in omni contractu requiritur bona fides. *l.4.C.de act.& obli.* Bonæ fidei autem nihil magis est contrarium, quàm dolus, quamvis & metus. *d.l.nihil consensui.* † Quartò contractus dolo initus est ipso jure nullus. *l. & eleganter. vbi Cujac. post gloß. Bart. & alios. ff. de dol. mal. Cujac. in d.l.si quis cum 36.l.3.§.ultim.ff.pro soc. in caus.16.§.1. de minori.* Stipulatio autem contractus est. Quintò, quoties consensus deficit, stipulationem quoq; deficere suprà evicimus. Vis autem, & metus, & dolus cõsensui sunt contraria: *d.l.nihil consensui*: & dissensum operantur. Et quamvis dicturus aliquis, JCtum meminisse eo loci tantùm bonæ fidei judiciorum: tamen illa verba, *qui ac bonæ fidei judicia sustinet:* vim collationis à minore ad majus habere videntur, quasi potiùs dixisset: *qui non solum stricti juris, sed & bonæ fidei, &c.* † Deniq; qui metu verberum (Florent. verborum) vel aliquo timore fallens adiit hereditatem, sive liber sit, heres non fiet, sive servus sit, dominum heredem non faciet. *l.6.§.fin.ff.de acquir.here.* Quod si illud verum est in quasi-contractu; ut nihil actum sit: quantò magis in stipulatione? † Cæterùm, etsi prorsus in ipsum dolum, ipsamq; vim non consentimus, utiq; tamen in illud negotium, quod dolosè aut errore nostro conficitur, consensum præbemus. Itaq; non ex eo, quia nullus consensus ob dolũ, vel vim in idem placitũ sit; sed quia contra bonos mores est, id ratum esse, quod dolo metúve geritur, re-

98 99 100 101

scindetur, *l.1.tot.tit.ff.& Cod.quod metus caus.titu. de dolo mal.l.1.l.2.tot.tit.ff.de dol.mal.except.l.7.§.dolo.l. si unus 27. §.pacta.ff.de pact.l.6.ubi Donel.C.eod.dict.leg. bona fides. C.*

102 *de obligat.& acti.* † Quin etiam coacta voluntas est voluntas; licet sit remissior, quia propriâ ac naturali qualitate quasi exuitur, *l.si mulier 21. §. fin. quod met. caus.l.si metus 85.ff.de acquiren.hered.l.si patre.ff.de ritu nuptia.C.scientiam.8.quæst.1.cap.1. verb. voluntate 15. quæst. 1.* quæ est ejus libertas, *argum.§.& libertas.Institut. de jur. person.* Hanc autem libertatem impēdire & facto alicui derogare contra bonos est mores: itaque ratum non permanet, non quia deficiat consensus, sed aliquid bonis moribus contrarium actum est. *d.l. si mulier §.si metu.l.metum 9.§.volenti.junct.l.ultim.§.1.ff. quod met.caus. leg. 1.l.4.§.metus causa.ff.de dol.mal.except.*

Non ergo obstat prima dubitandi ratio, quæ non

103 absolutè, sed secundùm quid intelligenda est. † Nā etsi circumventus, aut vi compulsus non consensit in hunc dolum, in hanc violentiam: alioquin volenti non esset facta injuria. *l.1.§.usq; adeò.ff.de injur.* consentit tamen in negotium illūd, quod hoc actu peragebatur. Sic & alterum peccat in attributo: turpe quidem est & contra bonos mores, dolum, vim, metumq; attentare: sed hæc turpitudo est extra substantiam, & ipsius contractus & rei, quæ in illam deducitur. Ut autem ob turpitudinem contractus cēseatur nullius momenti, necesse est, ut aut ipse contractus per se sit turpis ac contra bonos mores, aut ratione subjecti, *l.generaliter.cum ibi nota. h.t.* vel finis, *l.2.l.3.l.4.Lult.ff.de condict.ob turp.caus.l.ob mercalem.Cod. eod.* Extra hanc causam certum est, causæ, ob quam contrahitur, turpitudinem substantiam contractus non tollere, nec obligationem impedire, etiamsi

vel

vel utrinq; sit turpitudo, vel is, qui ex eo contractu aut agere aut se defendere velit, propriam suam turpitudinem sit allegaturus, quia aut actio denegatur, aut exceptione repellitur, non ipso jure, qui agere intendit. *L.i.l.2.l.3.l.4.&c.ff.de condict.ob tur.caus.tot.tit. C.eod.* † Quod diximus, in omni contractu bonam 104
requiri fidem, ita verum est, ut si dolus sit adhibitus, & quid contra bonam fidem factum, aut vis adhibita, vel quid omissum; id emendetur aut ex hoc ipso contractu, aut per doli mali actionem, vel exceptionem, pro naturâ cujusq; contractus. † Neq; etiam 105
dict.l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur. hunc sensum habet, ac si nullus ibi sit consensus, ubi dolus metúsve intercedit: sed quòd consensui multum obsit, multumque detrahat, ut propterea non debeat ratum manere negotium, quod his accidentibus laborat. Nam ut ex inscriptione, quæ est, Ulpianus lib.11. ad edictum, constat, descripta est ex commentario ad edictum, de eo quod metus-causa, & de dolo malo, idque palàm est *ex leg.1.ff.de in integr.restitut.l.1.3.5.7.9.12.14.16.20.ff.quod met.caus.l.1.3.5.7.9.11.13.15.&c.ff. de dolo mal.* & per hanc regulam Ulpianus reddit rationem, cur illa, quæ metu geruntur, rata non permaneant, quæque dolo fiunt rescindantur, vel in nihilum redigantur. † Quarta dubitandi ratio 106
procedit aliquoties in bonæfidei contractibus, quibus doli præstatio ipso jure inest, *§.in bonæfidei.cum ibi notat Institut. de action.* non etiam in strictis, cujusmodi est stipulatio. *dict. leg. & eleganter.ubi Cujac. post Bart.de dolo mal.Jas.Bartol.Zas.Cujac. hic per leg.5. C. de inutil.stipulat.* Wesenbec.d. *cons.75. num.10.* quanquam multi contradicant, de quibus mox. Ad quintum respondetur idem, quod pro declaratione tertiæ ob-

jectionis dicebatur: item quod asserimus, non penitus omni carere consensu: imò consensum adesse, sed qui qualitate nonnihil laboret. Et quòd coactus consensus sit consensus, tametsi remissiòr, ut Cujac. loquitur. *argum. l. 3. l. 4. ff. de reg. jur. d. l. si mulier.*
107 *§. fin. ff. quod met. caus. c. scientiam. 8. quæst. 1.* † Ad postremum: agere JCtum de illo, qui vi à creditore hereditario, vel alio compulsus per fallaciam & machinationem adibat, aliud simulans, aliud agens: Hîc sanè neutri ex suo delicto & animi improbitate commodum accedere debet, nec alii, in cujus potestate is est, acquiret: tum quia propriam allegans fraudem audiendus non est, ut inde lucrum
108 sentiat: † Tum etiam quòd fraudis ratio habeatur circa id, quod nobis acquirent illi, quos in potestate habemus, non ex nostra, sed eorum qui nobis acquirent, intentione & animi consilio. *leg. 4. §. de illo. ff. de usucapio. leg. 2. §. si servus tuus. ff. pro emptore.* Hîc autem agimus de circumvento, non de circumveniente & fallens quid agente. Ergo si quis dolo deceptus, aut metu coactus aliter promisit, ac fieri debuit; vel quocunq; alio modo, dolo metúve compulsus sit, ut stipulanti promitteret, ipso quidem jure obligatus erit: sed contra stipulatorem doli exceptione utetur, *dict. l. 5. Cod. de inutil. stipulat. d.*
109 *l. si quis cum aliter 36. hoc tit.* † Sed, quod modò dixi, quartam dubitandi rationem aliquoties in bonæfidei contractibus, non etiam in strictis locum habere posse, nec hoc tamen contradictione carere: sic
110 se habet. † Omnis dolus est aut ex proposito, aut ex ipsa re: de illo hîc, de isto in seq. concluſ. Dolus autem ex proposito est, quando quis sciens & volens alium decipit; fallit & circumscribit. *per leg.*

l. l. &

i.l.& eleganter.tot.tit. ff.de dol.mal. † Hic dolus rursum aut est incidens, aut causam dans contractui: *Wesenb.d.cons.65.num.10.vol.2.Zas.& Cujac.in d.l.si quis cum aliter 36.h.tit.* † Dolum contractui causam dantem, hunc definiunt, sine quo contractus non fuisset ullo modo celebratus: veluti, si quis neq; propositum, neque animum habens alienandi, vel contrahendi, promittendive aliquid, ab aliquo dolo ad hoc inducitur & persuadetur, ut animum alienandi, aut contrahendi, promittendique sibi sumat, & eo modo, quo persuasor velit, illud negotium agat: *arg.l.3.in fin. ff. pro soc.in caus.16.ff.de mino.l.& eleganter 7.vers. si in hoc ipso ut venderet & c.ibi gloss. Bald.Cujac.ff.de dol.mal. Wesenb.d.cons.65.num.10.& seqq.Hartman.Pistor.à Seuseliz lib. 1.quæstion.23.num.2. Arius Pinel.ad l.2.part.2.num.11.12.13. C.de rescin.vend.* † Dolum incidentem; quando aliâs quis alienaturus, contracturus, promissurúsve erat, sed in hoc negotio conficiendo decipiatur. *gloss.in d. l.& eleganter.ibid.Cujac.& hîc,& alii suprà citati: facit l.si id quod aurum 22.in fin.l.si quis cum aliter 36.h.t. l.Julianus. §.si quis colludente.ff.de action.empt.l.in venditionibus. §.1.ll. seqq.ff.de contrab.empt.l 1.ff.de pigne.action.l.si dolo 5. C.de rescin.vend.l.ex empto. §.si quis virginem. ff.de action.empt.* † Si itaque bonæ fidei contractui causam dedit dolus, frequentiùs traditum est, contractum ipso jure nullum intelligi: si verò incidens dolus sit, hunc ex contractu bonæ fidei emendari: si stricti juris, doli mali exceptione repelli. † An verò ita rectè docea-tur, controversum est. Nam Johan. Robert. *libr.3. animad. cap.1.2.3.4.5.* secutus Petrum de Bellaper. *ad l. si dolo.C.de rescin.vend.* Jacob.Raven.item Johan.Fab. *ad §.actionum.Instit.de action.* Cyn. *ad l3.C.de rescin.vend.* Johan. Coras. *lib.2.Miscel.cap.8.num.4.* Cujacii odio

111 112 113 114 115

plerunque flagrans contendit, ne tum quidē, quando dolus contractui bonæ-fidei causam dedit, contractum esse nullum ipso jure, sed dolum ex hoc cōtractu emendari actione vel exceptione ad annullandum & rescindendum propositâ. In quam sentē-
116 tiam *d.lib.3.animad.c.1.* duo adfert fundamenta. † Primum *l. Julianus 13. §. si venditor. vers. per contrarium. ff. de act. empt. per contrarium quoque* (inquit Ulpianus) *idem Julianus scribit, cùm Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo, & res quasdam ex hereditate, & instrumenta & mancipia Vellicus quidam* (nomine, ut rectè Cujac. *in Merca. c.1. lib.3. ex l. cum duobus. §. item ex facto. ff. pro socio*) *subtraxisset, quibus subtractis facilè, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit: an venditi judicio teneri possit? & ait Julianus, competere actionem ex vendito in tantum, quantò pluris hereditas valeret, si hæres subtractæ nō fuissent.* Hunc textum ita interpretatur Johan. Robertus Aurelianēsis, ac si species facti hæc sit, in quâ dolus contractui causam præbuisset, eò quòd nominatim ibi dicatur, *Vellicum* (sive *villicum* defuncti testatoris, ut ipse legit & intelligit) *persuasisse heredi Terentii Victoris fratri, ut eam hereditatem sibi venderet:* quippe subtractis quibusdam rebus & instrumentis apparebat perexigua; quam si sciisset Terentii frater ampliorem fuisse, non vendidisset; & perperam Accursium ibi interpretatum asserit, *ut minoris venderet*, cùm interpretari debuisset, *ut venderet in hoc persuasit:* quippe, quòd Ulpianus non dicit *effeciisse, ut mi-*
117 *nimo venderet*; sed *ut sibi ea venderetur persuasit.* † Secundum est, *ex d.l. Julianus 13. §. si quis colludēte, ff. de act. empt.* ubi idem Ulpianus, *si quis colludente*, inquit, *procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? & puto hactenus, ut aut stetur emptioni; aut discedatur.* Hūc text. ita intelli-

telligi oportere arbitratur: id quod emptor colludẽte procuratore meo egerit, i.e. contraxerit, & cõtrahèndo me circumvenerit, omnino ab emptoris dolo profectum esse, qui eò procuratorem meum induxerit, ut rem meam per collusionem (aliàs scil. nõ venditurus) vẽderet: nihilominus hunc emptorem ex eodem cõtractu, in id saltem ex empto cum procuratore meo vel mecum agere posse, ut aut stetur contractui, aut ab eo discedatur: ita tamẽ ut in ejus, qui dolum passus, potestate sit, utrũ malit stare contractui, an verò ab eo discedere. † Deinde *in cap. 2. d. lib. 3. animad.* tertio loco in hanc sententiam citat *l. si res æstimatæ 12. §. 1. ff. de jure dot.* ubi rursum Ulpian. *Si mulier*, inquit, *se dicat circumventam minoris rem æstimasse, ut puta, servum: siquidem circumventa est, quòd servum dedit, non tantùm in hoc, quòd minoris æstimavit, in eo actura m, ut servus sibi restituatur. Enimverò, si in æstimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam æstimationem, an potius servum præstet. Et hæc si* &c. Hìc dicit, de muliere, quæ minoris servum in dotem dedit æstimatũ, duos casus distinctos proponi; *unum*, quo in hoc circumventa est, ut eum servum in dotẽ daret, aliàs vel prorsus non, vel certè æstimatum non datura: *alterum*, quo in eo tantùm circumventa erat, quod minoris æstimavit: priore casu, electionẽ esse, utrum ex æstimato agere velit, ad justam tamẽ æstimationem; an verò, rem ipsam sibi restitui petere: posteriore autem casu, permitti arbitrio mariti, utrũ rem, an justam æstimationem præstare malit: atque ita consequens hinc esse, ab initio constitisse utroque casu hunc dotalem contractum, tametsi sit bonæfidei, tum quòd dotalis contractus per se est bonæfidei. *§. fuerat. Institut. de action.* tum ratione æsti- 118

plerunque flagrans contendit, ne tum quidē, quando dolus contractui bonæ-fidei causam dedit, contractum esse nullum ipso jure, sed dolum ex hoc cōtractu emendari actione vel exceptione ad annullandum & rescindendum propositā. In quam sentē-
116 tiam *d.lib.3.animad.c.1.* duo adfert fundamenta. † Primum *l. Julianus 13. §. si venditor. vers. per contrarium. ff. de acti. empt. per contrarium quoque* (inquit Ulpianus) *idem Julianus scribit, cùm Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo, & res quasdam ex hereditate, & instrumenta & mancipia Vellicus quidam* (nomine, ut rectè Cujac. *in Merca. c.1. lib.3. ex l. cum duobus. §. item ex facto. ff. pro socio*) *subtraxisset, quibus subtractis facilè, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit: an venditi judicio teneri possit? & ait Julianus, competere actionem ex vendito in tantum, quantò pluris hereditas valeret, si hæres subtracta nō fuissent.* Hunc textum ita interpretatur Johan. Robertus Aurelianēsis, ac si species facti hæc sit, in quā dolus contractui causam præbuisset, eò quòd nominatim ibi dicatur, *Vellicum* (sive *villicum* defuncti testatoris, ut ipse legit & intelligit) *persuasisse heredi Terentii Victoris fratri, ut eam hereditatem sibi venderet:* quippe subtractis quibusdam rebus & instrumentis apparebat perexigua; quam si sciisset Terentii frater ampliorem fuisse, non vendidisset; & perperam Accursium ibi interpretatum asserit, *ut minoris venderet*, cùm interpretari debuisset, *ut venderet in hoc persuasit:* quippe, quòd Ulpianus non dicit *effeciisse, ut mi-*
117 *nimo venderet;* sed *ut sibi ea venderetur persuasit.* † Secundum est, *ex d.l. Julianus 13. §. si quis colludēte, ff. de act. empt.* ubi idem Ulpianus, *si quis colludente*, inquit, *procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? & puto hactenus, ut aut stetur emptioni; aut discedatur.* Hūc text. ita intelli-

telligi oportere arbitratur: id quod emptor colludẽte procuratore meo egerit, i.e. contraxerit, & cõtrahendo me circumvenerit, omnino ab emptoris dolo profectum esse, qui eò procuratorem meum induxerit, ut rem meam per collusionem (aliâs scil. nõ venditurus) vẽderet: nihilominus hunc emptorem ex eodem cõtractu, in id saltem ex empto cum procuratore meo vel mecum agere posse, ut aut stetur contractui, aut ab eo discedatur: ita tamẽ ut in ejus, qui dolum passus, potestate sit, utrũ malit stare contractui, an verò ab eo discedere. † Deinde *in cap. 2. d.* 118
lib. 3. animad. tertio loco in hanc sententiam citat *l. si res æstimatæ 12. §. 1. ff. de jure dot.* ubi rursum Ulpian. *Si mulier*, inquit, *se dicat circumventam minoris rem æstimasse, ut puta, servum: siquidem circumventa est, quòd servum dedit, non tantùm in hoc, quòd minoris æstimavit, in eo acturam, ut servus sibi restituatur. Enimverò, si in æstimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam æstimationem, an potius servum præstet. Et hæc si* &c. Hîc dicit, de muliere, quæ minoris servum in dotem dedit æstimatũ, duos casus distinctos proponi; *unum*, quo in hoc circumventa est, ut eum servum in dotẽ daret, aliâs vel prorsus non, vel certè æstimatum non datura: *alterum*, quo in eo tantùm circumventa erat, quod minoris æstimavit: priore casu, electionẽ esse, utrum ex æstimato agere velit, ad justam tamẽ æstimationem; an verò, rem ipsam sibi restitui petere: posteriore autem casu, permitti arbitrio mariti, utrũ rem, an justam æstimationem præstare malit: atque ita cõsequens hinc esse, ab initio constitisse utroque casu hunc dotalem contractum, tametsi sit bonæfidei, tum quòd dotalis contractus per se est bonæfidei. *§. fuerat. Institut. de action.* tum ratione æsti-

mationis, quæ ſpecies eſt emptionis, vel certè inſtar emptionis, *per l. plerumque. ff. de jur. dot. l. 3. ff. pro empt. atque ita bonæfidei. §. actionum. verſ. quæ de æſtimato. Inſtitut.*
119 *de action.* † Cujac. verò communem ſecutus *ad l. & eleganter 7. ff. de dol. mal.* interpretatur ita: quòd non in contractu, ſed in traditione dolum mulier paſſa ſit, quam ex cauſa dotis fecit: item, captam fuiſſe in ſervi pretio: neutrum verò dolum, utpote incidētem, irritum facere contractum. Hanc reſponſionem non ſolùm verbis non eſſe conſentaneam, ſed iisdē refutari quoque aſſerit Robert. *d. cap. 2. & lib. 3. notar.*
120 *cap. 2.* † Quartò profert *l. ex empto 11. §. ſi quis virginem. de action. empt.* Ubi, *Si quis virginem*, ait Ulpian. *ſe emere putaſſet, cùm mulier væniſſet, & ſciens errare eum venditor paſſus ſit; redhibitionem quidem ex hac cauſa non eſſe, verùntamen ex empto competere actionem ad reſolvendam emptionem: ut precio reſoluto mulier reddatur.* Quem textum ſic accipit, quaſi venditoris dolo factum ſit, ut eam emerim, quam tamen empturus abſque ejus dolo non fuiſſem. Hunc autem dolum, eſſe illum, quem definiunt cauſam contractui dantem. *gloſſ. in l. & eleganter 7. ff. de dolo mal. Zaſ. in d. l. ſi quis cum aliter 36. Jaſ. l. ſi id quod aurum 22. h. titu.* Igitur cùm nihilominus hoc caſu detur actio, non redhibitoria, (quippe neque morboſa, neque vitioſa hæc mulier vendita eſt, ut locus eſſe queat edicto ædilium) ſed ex empto in hoc, ut reſoluto contractu pretium reddatur, & mulier reſtituatur: conſequens eſt, bonæfidei contractum ipſo jure non eſſe irritum, ſi dolus ei cauſam præbuit; ſed actione ex contractu propoſitâ emen-
121 dari. † Quintò in eandem ſententiam facere arbitratur *l. ſi dolo 5. C. de reſcin. vend.* ubi Diocletianus & Maximin. *Si dolo*, ajunt, *adverſarii deceptus venditionem*

prædii

prædii te feciſſe præſes provinciæ aditus animadverterit, ſciens contrarium eſſe dolum bonæfidei (quæ in hujusmodi contractibus maximè exigitur) reſcindi venditionem jubebit. Quod ſi jure perfecta, &c. Hic ſanè Rufus, ad quem Impp. reſcribunt, dolo emptoris inductus & perſuaſus erat, ut prædium venderet minimè alioqui venditurus: Hanc emptionem jubebit prætor reſcindi. Ergo eo ipſo arguitur ab initio firmam fuiſſe: cùm id, quod jure nullum eſt, reſcindi, ſive rumpi non poſſit. *leg. 5. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſt.* † Cujacius quidem *in* 122
d. l. & eleganter. reſpondet, in hoc reſcripto, *venditionem reſcindi*, non aliud ſignificare quàm emptionis causâ data & tradita revocari condictione ſine causâ, & vindicatione. Robertus autem *d. capite ſecundo* arbitratur, hanc interpretationem, & à verbis & à juris ratione alienam eſſe: à verbis; quia ad præſidem diriguntur, non ad judicem; *præſes provinciæ reſcindi jubebit*: & hæc potior eſt vocis, *reſcindi*, ſignificatio: *ut quod cõtractum eſt reſcindat.* Juri repugnare, quia quoties dolus contractui cauſam dedit, quadantenus contractus bonę fidei ſubſiſtit interim, & in ſuſpenſo eſt, donec dolum paſſus declaraverit, an malit diſſolvi, vel id conſequi, quòd res, quam vendidit, pluris ſit, per textum expreſſum *in d. l. Julianus 13. §. per cõtrarium. d. §. ſi quis colludente. ff. de action. empt.* † Sextò, in 123
eandem hanc ſententiam vocat *l. majoribus. C. commu. utriusque judic. tam famil. & l. tres fratres 35. ff. de pact.* ubi dolo inducta erat diviſio hereditatis, vel rei communis: nec tamen diviſio iſta perhibetur nulla, ſed firma: tantùm de dolo, & de eo, quod ſubtractum eſt, nec in diviſionem venit, communi dividundo judicio agitur: idque pari modo, quo in cæteris bonæ fidei judiciis ſolet, fieri dicitur, *ih d. l. majoribus.*

Sunt enim familiæ herciſcundæ & communi dividundo judicia bonæ fidei. *§. actionum. Inſtit. de action.* Septimò movetur argumento *l. ſi quis affirmavit 9. ff. de dol. mal.* ubi Ulpian. generaliter, & ſine diſtinctione doli cauſam præbentis vel incidentis, teſtatur, *ſi dolo quis in emendo vendendoque circumventus ſit, non eſſe de dolo actionem, ſed ex empto vel vendito ſufficere.* Et octavò *in cap. 4. d. libr. 3. animad. movetur per l. unde ſi Nerva 80. ff. pro ſocio.* ubi Paulus: unde, inquit, *ſi Nervæ* (arbitri contractus cauſa electi) *arbitrium ita prævum eſt, ut manifeſta iniquitas* (id eſt, dolus & fraus) *ejus appareat, corrigi poteſt per judicium bonæ fidei.* Hîc indiſtinctè doli emendatio judicio tribuitur bonæ fidei. Nonò inducit *l. in contractib. 3. C. ex quib. cauſ. major. in integr.* ubi Diocletian. & Maximin. reſcribunt, *in contractibus, qui bonæ fidei ſunt, etiam majoribus officio judicis, cauſa cognita, publica jura ſubveniunt.* Subveniunt ergo aut data actione, cui judicis officium inſerviet, *titul. Inſtitut. de offic. jud.* vel exceptione ex ipſo contractu: aut reſtitutione in integrum ex generali clauſula, *juxta l. 1. ff. ex quib. cauſ. major. in integr.* Omni ergo hoc caſu præſupponitur firmitas obligationis, licet do-
124 lus præceſſerit, cauſam dederit, vel inciderit.† Decimò ex his omnibus textibus generaliter & ſine diſtinctione loquentibus hoc effici contendit, inter bonæ fidei & ſtricti juris actiones, quo ad dolum, nullam eſſe aliam differentiam, quàm quòd ex contractu ſtricti juris, ſive ſit incidens dolus, ſive dans contractui cauſam, non poſſit dolus vindicari: ſed datâ doli mali vel in factum exceptione, aut actione de dolo: ſemper verò ex contractu bonæfidei vindicari, datâ ex ipſo contractu actione, vel exceptione: quippe ex vi & naturâ bonæfidei contractus inſita

eſt

est exceptio doli: quod secus est in strictis. *§. bonæfidei. & ibi nota, Instit. de actio. l. hujusmodi 84. §. qui servum. ff. de lega. 1.* † Et hanc solam eamque unicam esse differen- 125
tiam *cap. 4.* conatur etiam confirmare ex Cic. *lib. 3. Offic.* qui meminit, ex lege XII. Tab. vindicari dolū; tum in tutelâ, tum in iis causis, in quibus ex fide bonâ agitur; item ex Lege Lætoriâ, (sive Lectoria) ob circumscriptionem adolescentium. Gajum verò Cannium à Pythio argentario Syracusano circumventum in prædii venditione, non potuisse de hoc dolo experiri, nondum proditâ de dolo malo actionis formulâ, quam pridem edidit prætor Aquilius Gallus; Ideò, quia etsi initio emptio-venditio dolo & fraude Pythii persuasa, & sic inducto Cannio erat celebrata; tamen nomina fecerat, negotiumq; confecerat, h.e. in creditum & nominum obligationem venditionis precium, novatione factâ, transtulerat, atq; ita bonæfidei contractus causam in strictū mutaverat. Quòd si ergo potuisset ex empto agere de illo Pythii dolo, si nomen non feciſſet, h.e. non novasset obligationem, ut quidem Cicero innuit; illud consequens Joh. Roberto videtur, dolum causam contractui bonæfidei dantem nō facere irritum cōtractum, sed ex ipso contractu per actionem vel exceptionem emendari, non minùs, quàm si sit quilibet alius dolus: nec in alio differre à strictis, quàm quòd ex his contractibus non detur actio, vel exceptio, quibus vindicetur, sed extrinsecus, & aliunde istæ proficiscantur, nisi addita sit doli clausula stipulationi. *l. 4. l. stipulatio 38. §. sed si quis. d. l. si id quod aurū 22. in fin. l. doli clausula 19. h. tit.* † Undecimò hoc etiam 126
confirmari credit *per l. hujusmodi 84. §. qui servum. ff. de legat. 1.* ubi Julianus testatur, quòd contractus

bonæfidei doli mali exceptionem in se contineat, cui etiam *l.3.ff.de rescin.vend.& l.7.§.adeò.ff.de pact.* adstipulatur. Duodecimò, certat etiam rationibus: una est: Dolus & metus non solùm æquiparantur, sed & metus atque vis, manifestus atrocioráque dolus est. *§.1.Institut.de vi bono.rapt.l.si cum exceptione 14.§. eum qui. l.ext at. ff. quod metus caus.* Metu autem bonæfidei contractus initus, etiamsi sit vis compulsiva & dans contractui causam, tamen nõ vitiatur ipso jure, sed emendatur ex contractu per actionem, vel exceptionem, aut ex edicto, quod metus causa, per restitutionem in integrum, *l.si mulier 21.§.si metu.l.ult. §.1.ff.quod metus caus.l.non interest.l.si per vim.Cod.eodem.*

127 † Altera est: si ipso jure hic contractus bonæfidei, cui causam dolus dedisset, nullus esset, ex eo dominium non transiret ad decipientem: *arg.l.non dubium. C.de legib.l.si ego 18.vers.maguque. ff.de reb.cred. si cert.pet. l.3.§.sciendum autem. ff.de donat.int.vir.& uxor.* Sed hoc casu qui dolum passus, rem tradens ex hac causâ, omnino transfert in decipientem dominium; adeò, ut si is rem alienet, vel servum ita per machinationem emptum manumittat, rata maneat & alienatio, & manumissio. *d.l. & eleganter 7. ff. de dolo mal. l.5. C.de rescin.vend.* Postremò hãc ego addo rationem: quod contractus substantiam non ingreditur, eam quoque non corrumpit, ut nec constituit. Eædem enim partes sunt corrumpentes, quæ & constituentes. Atqui dolus, fraus, machinatio, vis, etsi circa contractum adhibentur, ejus tamen substantiam non ingrediuntur: quippe consensum in id negotium, quod tractatur, neque tollit, neque impedit, ut paulo-antè declaravimus; alioquin etiam falsa causa quemcunque vitiaret contractum, neque locus esset

set

ſet diſtinctioni inter ſtrictos & bonæfidei contractus: cùm non minùs in ſtrictis, quàm cæteris conſenſus ſit de ſubſtantia: Ergo nec ille bonæfidei cõtractus, cui causã præbuit dolus, ipſo jure eſt nullus.

† Contrarium autem, quòd ſcil. contractus bonæfidei ſit nullus, cui dolus cauſam initiò dedit, frequẽtiore calculo obtinuit, & egregriè defenditur à Bartolo, Bald. Jaſ. *ad l. transactione. nu. 5. C. de transact. ad l. in depoſiti 12. n. 8. ff. de re judic.* Jaſ. ad *l. ſi quis cum aliter.* item Zaſ. Donel. Cujac. *h. t.* Bart. *nu. 4. & 5.* Bald. *col. 1.* & Cujac. *ad d. l. & eleganter. ff. de dol. mal.* Panor. *ad c. cũ dilecti. colum. 2. & 3. extr. de empt. & vend.* Baptiſta à Villalob. *in theſau. com. opin. verb. dolus. num. 39.* Didac. Còvarr. *ad c. poſſeſſor. par. 4. §. 6. nu. 6. de regu. jur. 6.* Benedict. Capra *in reg. 87. n. 35.* Hartm. Piſt. à Seuſelitz *lib. 1. quæſt. 23.* 128

† Utũtur quidem initiò hoc argumento: quòd magna ſit inter bonæfidei & ſtricti juris actiones differentia, quam aliquid operari oportet: *§. actionum. Inſt. de actio.* Apparere autem *ex d. l. 5. C. de inut. ſtip. & d. l. ſi quis cùm aliter 36. h. t.* in ſtrictis actionibus circa dolum dantẽ contractui cauſam, & incidentem non diſtingui, ſed rato manente contractu emendari per actionem de dolo, vel per exceptionem. *d. l. ſi quis affirmavit 9. §. 1. l. 1. & ſeqq. ff. de dol. mal. l. 2. §. 1. §. 2. §. 3. ff. de dol. mal. except.* Oportere igitur in contractibus bonæ fidei differẽtiam eſſe circa dolum conſtituentem contractum & incidentem. Si differentia conſtituenda in his contractibus; ille dolus contractus bonęfidei obligationem naſci impediet: hic non impediet, & emendabitur ex illo cõtractu per actionem ejus negotii, vel exceptionem, quę naturâ ineſt, *juxta d. l. hujusmodi 84. §. qui ſervum. ff. de lega. 1. l. 3. ff. de reſcin. vend. §. actionum. §. ſeq. Inſt. de act.* Alioquin nõ eſſet inter cõtractus ſtricti 129

juris & bonæfidei hac in parte ulla differentia. Secundò nititur hæc sententia expresso textu *in d. l. & eleganter 7. ff. de dol. mal. Aut nullam*, inquit Ulp. *esse venditionem, si in hoc ipso, ut vēderet, circumscriptus est.* Tertiò *l. in causa 16. §. 1. ff. de mino.* Item *relatū*, inquit idē Ulpia. *est, apud Labeonem, si minor circumscriptus societatē coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem, nec inter majores quide: & ideo cessare partes prætoris.* Quartò fundata est *in l. 3. §. ult. ff. pro soc. Societas*, inquit Paulus, *si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti esse.* Addit rationē satis evidentem: *quia fides*, ait,
130 *bona contraria est fraudi & dolo.* † Etsi quidem in omni contractu bonam fidem intercedere oportet, *l. 4. C. de oblig. & act.* exuberat tamen in bonæfidei cōtractibus, non solùm, quo ad officium judicis, *d. §. bonæfidei. Inst. de act. d. l. 3. ff. de rescin. vend. d. l. hujusmodi 84. §. qui servum. ff. de lega. 1. l. quia 7. ff. de neg. gest. l. mora 23. §. in bonæfidei. ff. de usur.* & utilitatem, cùm contrahentium, tum litigantium, *l. 1. Cod. de condict. indeb. l. 7. §. 1. §. quinimò. §. adeo. de pact.* verumetiam pro naturâ conventionis & actionis. *l. sed etsi 21. solut. matr. d. l. hujusmodi 84. §. qui servum.* Hinc ergo est, ut maximè in hoc contractuum
131 genere bona fides sit cōtraria fraudi & dolo. † Quintò, quoties dolus emendatur, vel vindicatur ex ipso cōtractu & per actionem vel exceptionem, quæ natura inest negotio, toties quoq; hęc actio ob dolum defuncti datur in heredem, etiamsi nihil pervenit: *l. si hominem. §. datur. ff. depos. l. ex depositi. l. ex contractibus. ff. de actio. & oblig. l. hoc jure 152. §. fin. junct. l. ad ea 157. §. fin. ff. de reg. jur.* Cùm alioquin regulare sit, ut heres non teneatur ex dolo defuncti, nisi quatenus ad eam pervenit, *l. 2. C. de magist. conven. l. 1. Cod. de hered. tuto. l. si plures 17. §. 1. l. in heredem. ff. de dol. mal. l. semper 15. §. hoc interdi-*

ter dictum. quod vi aut clam. l. quod diximus. §. ult. l. seq. quod metus caus. d. l. 7. §. datur. vers. quanquam enim aliàs depos. l. 1 otiens. de regul. jur. Atqui si dolus causam contractui bonæfidei dederit, nulla actio in heredē ex illo contractu datur. *§. aliquando. Inst. de perpe. & temporal. actio.* Igitur eo casu ex contractu dolus non vindicatur: & per consequens contractus bonæfidei nullus est.

† Sed respondet Robertus ad primam rationem *d.* 132
cap. 4. & 5. magnam quidem esse differentiam inter bonæfidei & stricti juris contractus; nō autem hinc effici, quòd isthæc sit: imò hanc cum Joh. Coras. *lib. 2. cap. 8. num. 4.* negat differentiam esse, quòd dolus dans contractui bonęfidei causam ipso jure contractum evertat: sed illam solummodo esse: videlicet, quòd omnis dolus in strictis sit per exceptionē doli, vel actionem de dolo vindicandus; in bonæfidei per actionem ex ipso contractu, vel per exceptionē, quæ naturâ ineſt, ad hoc, ut dolum passus se declaret, an contractui stare velit, vel eum, ut nullum, rescindi, *per d. l. Julianus, §. per contrarium. §. si quis colludente. ff. de actio. empt. l. si quis affirmavit 9. de dol. mal. l. majoribus. C. commun. utriusq; jud. d. l. si dolo. Cod. de rescin. vend.*

† Verum quidem est, hanc rationem per se satis fir- 133
mam non videri: attamen vel per Corasii & Roberti responsionem neque diluta est, neque expugnata; sed invicto robore & integra acie adhuc certat: tum quia pro concesso illud præsupponunt, quod est in quæstione, *Sitne hæc sola differentia, an verò ista quoque?* tum quia, si eo fine ex hoc cōtractu, cui causam dolus dedisset, actio oriretur, ut per eam dolum passus à dolum inferente cogeretur se declarare, utrum hunc contractum malit firmum, & ad id, quod dolo adversarii abest, experiri; an verò nullū esse? ut *per d.*

l. apud Julianum. §. si quis colludente. alibi colligit; duo absurda sequerentur: unum, quòd is qui dolum cõmisisset, ex hoc delicto suo commodum sentiret, propriamque hanc suam turpitudinem allegans audiretur, contra quam legibus & regulis juris cautum est: alterum; quòd in arbitrio adversarii esset obligatio, ut statum ex ejus voluntate caperet, contra
134 quam responsum est *in l. à Titio 108. in fin. h. tit.* † Ad *d. l. & eleganter 7. ff. de dol. mal.* respondet, agi eo loci de minore circumscripto. *& cap. 3.* ita intelligendum esse hunc textum, *nullam dici venditionem, inspecto tantùm effectu,* qui propositam ad rescindendum & annullandum contractum actionem vel exceptionem ex illo-ipso contractu consequitur. Cui rectè Cujac. *3. in Merca. 3.* respondet hæc contradictoria esse, *nullũ esse,* & *ad annullandum* ex contractu agi: item, *tãtùm ad effectum esse nullum,* nec tamen *nullum esse,* si causam respicias, JCtus profectò ipsam vẽditionem esse nullã disertis expressit verbis: non igitur de effectu actionis, quæ ex hoc contractu nascitur, & fine judicii lo-
135 quitur. † Rursum *cap. 5. lib. 3. anim ad.* diversitatem lectionum prętendit Johan. Rober. In Florentino sic legitur: *Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit,* &c. Quam lectionem & elegantem & veram sequitur Cujac. In vulgatis exemplaribus sic se habet: *Sive enim accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit, sive nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est, quod & proponitur* (minor) *non inducitur,* &c. Horum verborum hunc esse sensum putat, istum manumissum neq; per restitutionem in integrum, neq; per ullam aliã actionem,

nem, vel ex vendito quidē, qua venditor minor deceptus cogat emptorem manumissorem se declarare, malitne cōtractum esse firmum, an nullum? atq; ità innuere, *interim, dum non declaraverit, non esse prorsus nullam venditionem.* Et hoc eo loci etiam Accursium *in d.l. & eleganter 7. & Bald. ibi.* autumasse refert *per l. 2. ff. quibus ad liberta. proclam. non lic.* sed malè utrumque.

† Accurs. disertè asserit, hoc loco probari, emptionem venditionem, cui dolus causam dedit, ipso jure nullam esse, adeò ut nec secuta manumissio subsistat, si eam ratam esse nolit circumventus, *per d.l. 2.* modò ipse emptor, non, qui manumissus est, in hoc venditorē dolo induxisset, quia tertii circumventio hîc non attēditur, cujusmodi servi est, qui venditur, cujus consilio dominus ad vendendum impellitur: Et in ea sententia est *glos. in d.l. & eleganter 7. vers. in integrum restitutionē.* Eadē est Baldi sententia his verbis: *Item nota,* inquit, *quòd aut dolus tertii dat causam contractui, aut dolus contrahentis, aut dolus utriusq; : primo casu tenetur tertius actione de dolo: secundo casu contractus bonæfidei est nullus: & idem tertio, quo ad nullitatem contractus, quod probatur in vers. hoc enim secundum diversas lect. Si verò est dolus incidens, nunquam reddit contractū nullum: & hoc quo ad vim contractus: sed loquendo, quo ad vim traditionis, nunquam dolus impedit traditionem, quo minùs trahat secum effectum.* Hęc ille. 136

† Deinde utrum sequaris vulgarem, an Florentinam lectionem, semper hic sensus erit, nullam esse (& quidem ipso jure) eam venditionē, si in hoc venditor ab emptore circumscriptus sit, h. e. dolo inductus, *ut vēderet, aliàs non venditurus.* Tractatur enim hæc quæstio: quid sibi hæc verba in edicto de dolo malo, *si alia actio non sit,* velint? Respondetur ex Pomponio, tum demum *hanc actionem dari, si alio* 137

modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Objicit JCtus huic interpretationi per communicationem quandam ex Juliano, hoc, *quod is scribit* libro IV. Digestorum, illud ipsum edictum de dolo interpretans; *Si minor annis vigintiquinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emptorq; eum manumisit, dãdam in manumissum de dolo actionem.* Ex quo Juliani aphorismo sequi videbatur, aliquo casu dari de dolo actionem, quo tamen ei, ad quẽ ea res pertinet, salva aliâs esse possit: aut quia negotium sit ipso jure nullum, aut per in integrum restitutionẽ emendandũ, quia minor sit circumscriptus. Hanc dictionem removens Ulp. respondet in ℣. *hoc enim sic accipimus, cavere,* &c. q.d. hæc sententia Juliani non obstat Pomponii interpretationi: quia neq; actioni ex vendito locus esse potest, neq; hic cõtractus est ipso jure nullus, nec dari potest restitutio in integrũ, etiamsi proponatur, minorem venditorem esse deceptum. *Emptor-manumissor* ideo *nõ potest teneri ex vendito,* quia ipse dolo caret, nihil dolo fecit: sed quicquid ejus est in hac facti specie, de qua Julian. disserit, à manumisso servo profectũ est: *Nulla nõ est* ob eandẽ causam: nam ut propter dolũ nulla sit, necesse est, ab ipso emptore venditorem in hoc circumscriptũ esse, ut venderet: vel cõtra: Deniq; *nec restitutioni* ideo *locus est,* quia etsi minori decepto solet succurri, tamen adversus manumissionem bonafide factam favore ætatis nõ datur restitutio; ne quidem adversus ipsum dolosum manumissum. Non .n. directè ex ipso dolo hanc libertatem consecutus est, neq; dolo suo eã obtinuit: potuisset enim emptor nõ manumittere: quia tamẽ iniquum est, ut dolum hunc omnem impunitũ ferat, & vẽditor damno crucietur: ideo hoc casu omni

alio

alio remedio deficiente, recurrendū est ad doli mali actionem. Hæc ergo vera hypothesis & analysis *d. l. & eleganter 7.* ostēdit, sive sequamur Florentinā, sive vulgarem; quā utramq; amplectitur quoq; Robertus, non illud quod Robert. sed quod glos. & cōmunis Schola & Cuja. volunt, hinc effici. Sed & illud à contrario sensu inde cōsequens est; si ipse emptor in dolo sit, & quidem incidenti dari adversus hūc emptorem decepto ex vendito actionē: si verò vēditori emptor in hoc, ut venderet, dolo psuasisset, tū nullā esse venditionē, nec libertatem hoc eodem consilio fraudulēto datā subsistere. In quam sententiā quoq; glos. inclinat, & Græcus interprés in Basil. cujus autoritatem Cujac. *in Merca. 3. c. 5.* recitat distinguentem inter dolum servi manumissi & dolum emptoris: & priore casu neq; nullam esse venditionē, neq; actionem ex empto adversus emptorē dolo carentē competere: ideoq; cū manumisso agendū de dolo: posteriore, si dolus causam dedit venditioni, & venditionem & subsecutā hanc malo consilio libertatem esse ἄκυρον sive nullam. Deniq; si intellectum hunc Roberti retineamus, absurdum illud utrumq; rursum extiterit, de quo in proximo argumento. † Porrò *ad* 138
l. in causa 16. §. 1. ff. de minorib. respondet *eod. cap. 3. lib. 3. Anim ad.* & illo loco agi de minore circumscripto, & in eo inprimis disputari, an in integrum restitutione tunc minori sit opus, si in hoc, ut venderet, vel societatem coiret, circumscriptus sit? respondere quidē JCtum, nullam esse talem venditionem & societatē, ut ita minor restitui non egeat; quia ne quidem inter majores talis venditio, talis societas inita valeret. Cæterùm non intélligi oportere, nullam esse hanc venditionem, hanc societatem, quo ad subsistā-

tiam & contractus & obligationis; sed inspecto tantùm effectu: quippe venditor vel socius sic dolo inductus habet actionem vel exceptionem ex ipso contractu ad annullandum & rescindendum proponendam, si ita malit. Verùm hæc expositio iisdem laborat vitiis, quibus ea, quam *d.l. & eleganter 7.* adfingebat: imò evidenter ex proposito JCti, & Ofilii subjecta approbatione refellitur. Propositum est JCto *in d.l.16.* ostendere; *aut ipso jure aut alia actione, qua etiam majores tuti esse queunt, indemnitatem minoris servari:* quòd si ipso jure tuti sint, nequaquam recurrere debere ad restitutionem in integrum, auxilium planè extraordinarium: quòd si ope alicujus actionis vel exceptionis, posse adhuc causâ cognitâ permitti restitutionem; utrumque exemplis confirmat; & quidem initio facto ab illis casibus, quibus ipso ac mero jure, hoc est, sine omni alio actionis vel exceptionis aut persecutionis auxilio tutus est minor. Primum exemplum est de pupillo nec locupletiore facto, qui sine tutorum autoritate cõtraxit: qui cùm imperfecto consensu rem gesserit, & fortasse infans vel infantiæ proximus fuerit, ut infrà latiùs, ipso & mero jure obligari non potuit, & per cõsequens nulla existente obligatione sine omni alio remedio tutus est. Statim subnectit hoc alterum de minore, *in hoc ut societatem coiret, vel donaret circumscripto,* exemplum. Manifestum igitur est, eo loci intelligi nullitatem ipsius contractus & defectum obligationis: non effectum actionis vel exceptionis annullantis: alioquin non ad hoc primum exemplorum genus, sed ad id, quod in sequenti §. continetur, retulisset. Quinimò frustrà diceretur, *& ideò cessare partes prætoris:* cujus sanè adhuc aliquę partes essent in danda actione & exceptione,

ptione, ac judice: vel certè in rescindendo, & annullando. Deniq; non rectè hæc verba subjiceret Ulp. *Idem*, inquit, *& Ofilius respondit: satis enim ipso jure munitus est. Idem & Ofilius*, quod scil. apud Labeonem modò relatum est. Quòd si actione vel exceptione ad annullandum opus esset minori, ipso jure munitus non esset. At dixerit aliquis, *in d. l. in causa 16. vers. si minor.* idem de donatione statuitur, quod de societate. Etsi verò sit societas bonæfidei, donationem tamen non esse bonæfidei, sed stricti juris: tàm jure veteri, quàm novo: veteri; quia non aliter firma erat, quàm traditione aut stipulatione: utraq; stricti est juris: novo, quia condictio ex lege datur, quæ & ipsa stricti juris est: ergo aut idem statuendum esse in contractibus stricti juris, aut fatendum, hunc locum pro communi non facere, vel certè quicquid ibi asseritur, favore minoris ætatis fieri. Sed nullũ horum hinc sequitur: tum quia neq; veteri, neq; novo jure donatio est contractus verus aut quasi, *ut a.* diximus: tũ quia, si per traditionem facta hoc casu fuisset, non ipso jure minor tutus dici posset, cùm res ei abesset: & locus foret aut condictioni sine causa, aut restitutioni in integrum. *Cuja. & Duaren. in tit. C. si adverſ. donat.* Sed nec de stipulatione donandi causa interposita potest intelligi, tum quòd donatio in stipulationem deducta, non diceretur amplius donatio, sed promissio, sed stipulatio, sed obligatio ex donationis causâ, *ut l. 2. l. qui ex donatione 12. l. si in ſtipulatum 17. l. hoc jure 19. ff. de donatio.* † Frustra verò quæritur, an intelligi debeat de pacto donandi: nondum enim fuit legitimum, priusquam id constituerit Justinian. *in l. ſi quis argentum. C. de don.* † Quærenda est igitur alia interpretatio verborum, 139 140

vel etiam donationis causa; Quid igitur? Nempe Ulpianum eo loci agere, non de donatione, ad quam faciendam minor dolo inductus est; sed quam *aut* fecit *contra legem Cinciam* (ut Cujacius voluit *ex l. 4. Cod. Theod. de donat.* nam & suprà alibi *ex leg. fidejussori 24. ff. de donation.* ostendimus, fuisse olim donationibus modum legum autoritate constitutum, ultra quem juxta vires patrimonii donare nemini permittebatur) *aut* de *societate*, quam donationis causâ contraxit, ut glossæ placuit. q. d. *vel etiam donationis causa societatem coierit &c.* sic eveniet, ut quamvis nullus dolus adsit, non tamen valeat societatis coitio: quippe contra formam societatis essentialem est, ut tota substantia & rei principalis & lucri sit unius, nihil verò prorsus ad alterum socium pertineat: oportet enim aliquid in societate commune fieri; ubi illud autem donatur, quod in societatem alioqui communicandum veniet, nihil commune fit: proinde nec societas contrahitur *per leg. 5. in fin. ff. pro soc. & tot. tit. Institut. de societ.* Imò ejusmodi societas esset imaginaria, ut & emptio-venditio donationis causa uno nummo facta, ac proinde jure nulla, *l. si quis donationis 38. l. nuda 55. ff. de contrahen. empt.* Sive Cujacium sequamur, sive gloss. interpretationem, (vix tertiam quis aptam dederit) multò maximè hoc efficietur, illa verba, *nullam esse societatem, ne inter majores quidem*, esse de ipsa societate cum Cujacio & communi Dd. Scholâ, non de effectu actionis & exceptionis ex hac societate futuræ (ut malè
141 voluit Joha. Robertus) accipienda. † Quid porrò *ad l. 3. §. ultim. ff. pro socio.* respondet? Eo loci agere annuit de ea societate, dolo & fraudandi causa inita, quæ fit in aliorum, tertiorum scilic. circumscriptionem

nem & fraudem: ut si duo contrahant societatem aut latrocinii, veneficii, aut meretricii quæstus, alteriúsve rei illicitæ gratia: Hæc societas dolo inita, ideò nullius est momenti, quia non unius tantùm dolus illi causam præbuit, sed utriusq;. *l. nec permittendum 58. ff. pro soc. l. 4. vers. mala medicamenta. ff. famil. ercis.* Verùm in hoc etiam Robertus graviter lapsus est: Non enim agit *in d. l. 3. §. fin. ff. pro soc.* Paulus de rebus in societatem deducendis, vel deductis, & quatenus in earum turpitudine dolus ac machinatio sociorum in tertios exercenda spectatur, sed de formâ ac modo contrahendi. Nam ad probandũ id, quod proponit, Paulus adhibet omnibus notam hanc regulam: *quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Hanc regulam non adhibent JCti rebus, quæ in contractus deducuntur, sed ipsis contractuum modis & substantiis, *ut ex l. nihil consensui 116. cum ibi not at. ff. de Reg. jur. palàm est.* Quæstus autem ex latrocinio, lenocinio & simili causâ illicitâ, res sunt, de quibus quæritur, an possint etiam bonâ fide deduci in societatem, & num sit earum rerum commercium? *l. 5. Cod. de condict. ob turp. caus. l. generaliter. l. seq. l. si flagitiũ. h. tit. l. 7. §. si ut maleficium. ff. de pact. leg. 4. Cod. de inutil. stipulat.* Itaque harum rerum conventio non ideo improbatur, quia in ea versetur utriusque contrahentis dolus, *l. domum 57. ff. de contrahen. empt.* quia respectus habeatur ad alterius detrimentum, sed quòd turpis sit, & turpem conveniendi causam habeat, & impossibilis de jure censeatur. *l. quod autem 53. & sequent. ff. pro socio. dict. leg. generaliter. l. seq. dict. leg. si flagitiu. hoc tit.* Unde apparet, Johan. Rober. suæ interpretationis rationem ac fundamentum sumpsisse à non causâ ut causâ: nec eam deprompsisse

142 ex mente Pauli loquentis, sed proprio sensu. † Postremum Robertus non attingit; Nec Cujacius hoc argumento usus erat: & fortasse quis dixerit, loqui *in d. §. aliquando* Justinianum generaliter; ideoq; non inconvenienter etiam extendi ad contractus stricti juris. Verùm si inspexerimus textum, per se manifestum erit, *in d. §. aliquando.* proponi exceptionem à regulâ generali præcedente. Regula autem hæc est: *In contractibus, quibus doli præstatio & bona fides inest* (hoc est, qui bonæfidei sunt) *heres in solidum tenetur, etiamsi nihil ex eo dolo ad eum pervenit:* cui suffragatur *d. l. hoc jure 152. §. final. l. adeo 157. §. final. ff. de reg. jur. §. non solùm. Instit. de perpet. & tempor. action.* Exceptionem verò regulæ, cui subjicitur, convenire oportet, diciturq; de eo rerum genere esse, de quo est & regula: *ut notant omnes ad l. 1. per illum text. de reg. jur.* De eodem igitur genere, *de bonæfidei* scilicet *contractibus in d. §. ali-*

143 *quando.* agat necesse est. † Quibus ita pro virili ponderatis, à communi & recepta opinione non discedo. Etsi quidem verum est, dolum non solùm incidentem, sed & causam contractui dantem, consensum non tollere, teste Baldo, improbante sententiam secus docentium, *in d. l. & eleganter 7. colu. 2. vers. alii dicunt quod ideo, &c.* nec minus bonam fidem in strictis conficiendis negotiis requiramus, quàm in bonæfidei; *d. l. bonam fidem. C. de oblig. & action.* tamen hoc certum est, bonam fidem esse in contractibus bonæfidei non solùm adjunctum adhærens, sed & inhærens; & quidem proprium: quod genus adjunctorum essentiale, item substantiale, & propriũ essentiale, vocare solemus; ut qui illud tollit, rei tollat naturam. *P. Ram. lib. 1. de fide. cap. 4. Jul. Scalig. exercitat. 23. pag. 108. Polanus in Dialect. cap. de adjunct. lib. 1.* cùm

ex

ex rei essentia illud produci soleat, *ut in simili Julius Scalig. exercit. 325. sect. 2. scribit ad Cardan.* Quòd autem bona fides horum contractuum sit substantiale adjunctum, sive proprium, patet *ex l. domum 57. in fin. ff. de contrah. empt. Judicio*, inquit, *quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concidente.* Si judicium empti-venditi ex bona fide descendit, hoc est, ex tali causâ & obligatione, quæ bona fides est, certè ut sit de substantiâ ejus & essentiali proprietate *bona fides*, necesse est. Deinde per *§. actionum. Inst. de action. l. unic. §. sed et si non ignoramus. C. de rei uxo. action.* ubi actiones dividuntur in strictas & bonæfidei: has ex bona fide descendere, illas non item, idem convincitur. Sic enim nec definiri nec dividi possent, nisi fides bona, ea ipsa materia, & quasi propria qualitas contractui indita esset, ex qua nascerctur: *argu. Jul. Scalig. dict. exercit. 325. sect. 2.* Præterea idem approbat Cicer. in Topic. & præsertim *lib. 3. Offic. Et sine lege*, inquit, *judiciis, in quibus ex fide bona agitur*: & ex nostris Accurs. *in d. l. bonam. Cod. de actio. & oblig. in d. l. & eleganter.* Bald. *ibid. colum. 2. versic. in eadem gloss. ibi. ff. de dolo. Sed tu dic*, ait, *quòd dolus in contractu bonæfidei est contra naturam essentialem.* Oportet igitur ab initio utrinq; bonam fidem intercedere, ut ex ea initium contractus capiat: & per consequens contractui dans causam, ipsam corrumpit substantiam, deficiente essentiali proprietate. Incidens non item, quia etsi non nihil proprietas ejus contractus corrumpitur, tota tamen non deficit. † Quæ cùm ita sint, non obstant 144
illa, quæ Jo. Robert. objecit. Nam *in d. l. Julianus 13. §. si venditor. ℣. per contrariũ. ff. de action. emp.* nõ agi de dolo cõtractui causam dante, satis initiũ isti° §. arguit: duo enim casus ibi proponuntur, quorũ prior est de do-

lo venditoris, quem in hoc admisit, ut pluris venderet, quàm res esset, quia de artificio, de peculio, de aliis qualitatibus mentitus sit: posterior est de dolo emptoris, de quo demonstratur idem obtinere, quòd in casu præcedente. Cùm itaq; prior casus sit planè de dolo incidente, deque eo tantùm, ut de eodem quoq; sit posterior casus necesse est: alioquin non rectè copularetur cum præcedente, his verbis *per contrariũ quoq;, &c.* Deinde in casu priore arguitur dolus venditoris per mendacium qualitatis & quãtitatis: arguitur pari modo & argumento dolus emptoris *in versic. per contrarium.* Ejusmodi autem dolus, quo commendatur à venditore, aut vituperatur ab emptore merx proposita, non dat contractui causam, sed inter negotiandum incidit, vel emergit, ut ille pluris vendat; hic minoris emat. Simile est quod *in l. si mandavero 42. manda.* ubi idẽ Ulpia. docet, si tibi mandassem, ut vires hereditatis excuteres, tu verò ad me referas eam minoris esse, ut ita etiam minimo à me emeres, teneri te mihi mandati judicio. Simile etiam est *l. si in qualitate 22. de actionib. emp.* ubi mendacium quantitatis contractum non lædit. Denique & subsequens facti species *in dict. leg. Julianus 14. §. idem Julianus.* est de dolo incidente non dante causam contractui. Intermedius igitur *versic. per contrarium.* ut de eodem doli genere disserat, probabile est. Neque etiam aliud elici potest ex illis verbis: *quibus subtractis facilè quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit.* Sensus hic est: Vellicus, cùm quasdã subtraxisset, facilè, ut sibi ea hereditas quasi minimo valeret, venderetur, persuasit. Est enim elegans hæc & usitatissima verborum trajectio. Est præterea aliud, cùm dico, *in hoc, ut sibi ea venderetur,*

per-

persuasit: aliud, *quasi minimo valeret, ut sibi venderetur, persuasit*: illa loquendi formula hoc quidem vult, inductum & persuasum esse, ut venderet, quod venditurus nõ erat: hæc, ut rem minimo venderet, quæ pluris erat. Cùm itaque non illa, *sed hac loquendi formula Ulpianus in d. versic. per contrarium.* usus sit, conveniens est dicere, hæc verba nihil pro Roberto facere. Robert. hæc verba, *quasi minimo valeret hereditas*, accipit pro causa, per quam frater Victoris persuasus sit, ut venderet: Cujac. & communis Schola ea verba pro demonstratione æstimationis habent. Utri interpretationi standum sit, verba facilè ostendunt: nec parum juvat eorum ordo & collatio aliorum, de quibus modò. † Secundò *in d. §. si quis colludente.* nullibi apparet causam contractui dedisse dolum. Facti species talis est: Procuratorem constitui, ut rem meam venderet: ab eo quidam rem istam emit minoris, quàm erat, colludente procuratore meo: quæritur, an huic emptori tenear ex empto? Nam ex procuratoris contractu, qui ad emendum vendendumque constitutus est, competere in dominum utilem actionem, notum fit *ex d. l. Julianus 13. §. si procurator.* Dubitandi causam præbuit, quod generaliter dicitur, si utriusq; dolus utrinq; intervenerit, negotium non subsistere; & dolum procuratoris domino fortasse nocere non debere. *l. nemo debet. ff. de reg. jur.* Sed hac dubitandi ratione non obstãte, respondet Ulpianus, actionẽ in procuratoris dominũ utilem competere hactenus, ut stetur emptioni; aut discedatur, si ita malint; reddito eo, q̃ acceptum est. Nam qui minoris emit, si nolit supplere illud, quod justo precio abest, redhibere poterit rem cũ suâ causâ, & eo, q̃ interest: quòd si fecerit, poterit 145

ex empto agere, ut sibi preciũ vicissim reddatur aut liberetur. *l. ex empto 11. §. redhibitionem. §. seq. §. is qui vina. de actionib. empt.* Cùm itaq; in illa facti specie mandatum domini de vendenda re præcesserit, ejusque mandati gratia procurator rem vænum exposuerit; proculdubio dici nequit, vel hunc dominum, vel illum procuratorem in hoc, ut venderet, dolo emptoris inductum esse: sed & emptoris fraude & procuratoris collusione rem minoris venditam esse, quàm debuit. Nulla enim ratio est, cur fateri teneamur in illa facti specie omnem dolum fuisse ab emptore profectum: imò plurimus etiam procuratoris interceſſit. Nam *colludere* est fraude & machinatione pati se decipi, ut alius decipiatur: imò colludentem procuratorem in dolo versari manifestum est. *l. 1. l. 2. tot. tit. ff. de colluſ. detegen. l. si servus. §. 1. ff. de lega. 1. d. l. & eleganter 7. ff. de dol. mal.* Metuebat autem Robertus objici posse *l. domum 57. in fin. ff. de contrah. empt.* si utrinque dolus versetur, dolum cum dolo compensari, nec actionem nasci. Sed propterea non est necesse dicere, solum emptorem in dolo fuisse in facti specie. *dict. §. si quis colludente.* Nam hoc ita est, si res agatur inter ipsos contrahentes dolosè. Dominus autem hic nihil dolo egerat. At dixeris, & illa procuratoris collusio, sive dolus erat ab emptore: Sit: quid postea? Nondum ideo docuisses, causam dedisse contractui. Quid? cur non idem jam in hoc. *§. si quis colludente.* Robertus statuit, quod paulo antè de facti specie, *in dict. leg. 3. §. ultim. ff. pro socio.* statuisse dicebamus? Nempe, prorsus nullam hanc esse cõventionem, quæ in fraudem ac detrimentum tertii placuit? Cùm itaq; hac in parte sibiipsi contradi-
146 cat, neutram responsionem probabimus. † Tertiò

nihil

nihil obstat *d. l. si res æstimata 12. §. 1. de jur. dot.* Nam nec ibi dolus causam contractui dedit, & Cujacio autore *lib. 17. observ. 1.* planè nullus dolus intervenerat: Ut minoris mulier in dotem rem æstimatam daret, hoc. traderet (ut Cujac. rectè) in hoc circumventa erat, non ut potiùs æstimatam daret, quàm non æstimatam. Non sanè continuò consequens est: Circumventa: Ergo dolo: cùm naturaliter etiam sine dolo & cõsilio contrahentes se decipere & circumvenire possint. *l. in causa 16. §. 2. ff. de minorib.* Quinimò circumventionem Ulpianum simpliciter accipere, hocloco indicant verba sequentia *in vers. Scævola autem in marito notat, si dolus ejus adfuit, justam æstimationem esse.* Quid si id etiam donemus Roberto? quid si largiamur, duos ibi casus proponi? unum, si inducta dedisset rem æstimatam; alterum, si in æstimationis modo circumscripta? Sanè nec ita dolus dedisset contractui dotis causam, sed tantum qualitati & pacto de æstimato accedenti. At non quid incidenter, sed principaliter contrahatur, intuemur. *l. 8. ff. mand. l. 1. ff. de autori. tuto.* Principaliter verò voluit mulier contrahere: non igitur dolo in hoc inducta est, ut cùm nequaquam fuisset contractura, contraxerit. Quid si id quoque demus: fuisse mulierem in altera facti specie *dict. §. 1.* in hoc, ut dotem contraheret, & quidem æstimatam, circumventam? Sanè, nec eo modo per illum text. obtinebit hoc, quod conatur. Nam in primo casu JCtus non dat actionem de æstimato, neque de dote; sed simpliciter dicit, *rem restitui oportere*: quæ scil. sic marito data erat à circumventa: si restitui debet; nec tamen ex contractu agi, utique hoc indicat; contractum illum, cui causam dolus dedit, nullum esse: idque ab

effectu apparere, qui ex eo nullus est; & rem restitui oportere intentatâ vel rei vindicatione, vel condictione sine causâ, *per ea, quæ Bartol. ad dict. leg. & eleganter 7. de dol. mal.* Denique non inconvenienter ita interpretamur *dict. §. 1.* ut intelligamus, in illa facti specie posse mulierem actionem æstimatoriam, quantò minoris, quæ bonæfidei est, vel actionem de dote restituenda, utram malit, soluto matrimonio instituere, & illâ petere justam æstimationem; hac verò rem ipsam: in arbitrio verò mariti esse, utrum malit rem in dotem acceptam restituere, an justum precium refundere; modò res in dotem æstimata data supersit: & ideo sic exponemus: *Si mulier* (soluto jam matrimonio) *se dicat circumventam minoris rem* (olim in dotem datam) *æstimasse; ut puta servum: siquidem circum in hoc* (servo scilicet) *venta est, quòd servum dedit* (minoris nempe) *non tantum in hoc, quòd minoris æstimavit, in eo* (casu scilicet) *acturam* (vel ut vulgò legunt: *in eo actura est*: quasi dicat, non solùm agere poterit æstimatoria, quantò minoris, sed etiam) *ut servus sibi restituatur* (hoc est; actione de dote agere poterit ad restituendum: quippe æstimatoria conventio non novavit principalem contractum.) *Enimvero* (hoc est, cæterum; veruntamen, &c. non enim hîc est particula causalis, neque rationalis; sed adversativa, sive, ut Ramus loquitur, discretiva) *si in æstimationis modo* (ut facti species proposita est) *circumventa est* (& mulier utraque vel alterutra actione agit.) *erit arbitrium* (hoc est, electio) *mariti, &c.* Et in summa vanum est, quod Robertus putat, Cujacii interpretationem ad hunc *§. in dict. leg. & eleganter 7. ff. de dol. mal.*
147 propositam; verbis esse contrariam. † Ad quæ-

tum

tum venimus, & dicimus, nec in illa facti specie *d.l. ex empto. §. si quis virginem. ff. de actionib. empt.* dolum dedisse contractui causam, sed errasse emptorem in rei qualitate, non in ipso corpore, neque in ejus materia; sive sexu, ut casus est *in l. Alioquin. de contrah. empt.* idque rectè Cujac. respondisse. Erat enim empturus; & quidem fœminam, licet virginem decreverit: venditor passus est illum errare, non induxit, ut pro virgine corruptam emeret. Quod cùm ex textu satis eluceat, & ipse fateatur Robert. pluribus non contendam: quippe aut sciens volens conatur fallere in definitione doli causam dantis: aut eam ignoravit, cùm ejusmodi dolus, de quo *in d. §. si quis virginem.* sit incidens. † Ad quintum Roberti 148
fundamentum respondeo: primò nec illius rescripti, *in d.l. si dolo.* verba necessariò hoc urgere ut fateamur, agi ibi de dolo contractui causam dante. Deinde ambigua sunt illa verba, *si dolo adversarii deceptũ venditionem prædii te feciſſe*: quia non minus de dolo incidente accipi commodissimè queunt, quàm de causam dante *per d.l. Julianus. §. si venditor dolo fecerit. de actio. empt.* & ideò in dubio hæc pauciora sunt interpretanda secundùm plura: quasi dicant Impp. deceptum venditionẽ prædii te minoris feciſſe, &c. Rursum dato, quòd agatur ibi de dolo causam dante, tamen nihil impedit respondere; non rescindi venditionem, tanquam firmum contractum, sed ut hinc inde data & accepta, quatenus de facto processit, restituantur: ut Cujac. post Bartol. & alios interpretatus est; *rescindi jubebit*, h.e. restitui. idque arguit præsertim *vers. quod si jure &c. in dict. leg. 5. C. de rescind. vend.* Imò agere de contractu perfecto, ex quo dolus emendari debet, finalia verb. urgent. Denique non

inconveniens erit ita facti ſpeciem exaudire: Rufus prędia quædam vendens à quodam erat circumſcriptus, ut minoris vendidiſſet, quàm eſſent: in integrum reſtitui voluit, prætendens ætatem minorem, quam negat adverſarius. Reſcribunt Impp. Diocletianus & Maximin. per diſtinctionem: Si tu, Rufe, minor dolo adverſarii deceptum in hoc te probare potes, idque præſes provinciæ ex probatione tua animadverterit, te adverſus venditionem reſtituet: ſi verò jure perfecta venditio eſt, quam tecum 25. annis majore contraxit, intelligere debes, conſenſu mutuo perfectam venditionem reſolvi non poſſe, ſed tantùm de eo, quod pluris eſt, ex vēdito agere. Ut ita interpreter me movet *dict. lex, ſi dolo. verſ. quòd ſi jure.* niſi enim prior verſiculus ageret de minore; vel ineptè, vel ſine cauſa hîc majoris fieret mentio: & fruſtrà contrarium ſuperiori conſtitueretur circa eandem emptionis perfectionem in fine. Deinde movet me eadem inſcriptio & caſus *in leg. minoribus 5. C. de reſtitut. in integr. mino.* Eſt enim eorundem Imp. ad eundem Rufum: & ſi conjungas utrumq; reſcriptum, videbitur *d. l. ſi dolo. Cod. de reſcind. vend.* pars & conſectarium *dict. leg. 5. C. de reſtitut. in integr. min.* Item ejusdem pars eſſe videtur *l. nemo 6. de reb. alien. non alien.* quæ negat Rufo nocere distractionem rerum ſuarum, quæ ab illo facta eſt, cui ex officio vendendi poteſtas nō fuit, hoc eſt, qui tutor vel curator non fuit. Et hoc nobis eo certius eſſe poſſet, ſi & ſubſcriptio *in d. l. ſi dolo.* extaret. Movet me quoque quòd *in d. l. ſi dolo.* dicitur præſidem provinciæ animadvertere debere, an deceptus ſit, & jubere reſcindi. Nam ſi hæc reſciſſio jure actionis fieret, non juberet reſcindi præſes, ſed actionem daret.

Quòd

Quòd autem jubetur rescindi, fit prætorio officio & jure magistratus, ac proprium est restitutionis in integrum. Non ergo urgent, quæ Robertus adversus Cujac. stringit: quippe hæc ipsa verba evertunt illud, quod Robertus conatur extruere: nec carent ejus responsiones repetitione principii. † Sextũ, quod 149
est de divisione, nihil etiam facit: Fratres illi, de quibus *in dict. l. tres fratres*, dolo quidem fecerant, ut alter eorũ vel aliqui quibusdam subtractis per divisionẽ deciperentur: sed dolo non induxerant, ut hereditatem dividerent, quasi aliâs non divisuri. Idem est *in l. majorib. 3. C. commu. utriusq; jud.* † Ad septimum respõ- 150
detur, textum perspicuè loqui de dolo in emptionem venditionem incidente non causam dante. † Ad octavum, nec *d. l. unde si Nerva* agere de dolo 151
causam dante, sed arbitri electi sordibus ac fraudibus: quas certè incidentes esse oportet, cùm jam antè animum contrahendi partes habeant, quàm arbitrum conficiendi contractus eligant, *ut ex l. societatem. §. 1. & seqq. ff. pro soc. constat.* ex quibus *dict. leg. unde si Nerva* sententia dependet. † Sed & nonum agit de 152
dolo incidente: & quamuis de dolo causam dante, nihil tamen aliud probaret, quàm quòd publica jura subvenirent decepto: nihil ultrà. Quibus autem remediis hæc jura subveniant, & hoc officium judicis implorandum sit, *in d. l. in contractibus 3.* non exponitur: ideoque ex aliis locis supplendum, & enumeratis per Robert. addenda est quæstio nullitatis: alioquin falleret nos insufficiens partium enumeratio. † Quæ cùm omnia ita sint optimè disoluta, 153
decimum quoque per se corruit, & refutatur eo ipso, quòd negamus, istam solam esse differentiam: & quòd illud ipsum sit in quæstione; quod ille pro

concesso præsupponit: imò hujus præsuppositi fun-
154 damenta suprà sunt collisa & perfracta. † Proinde locus Ciceronis de Cajo Cannio & Pythio prorsus nihil aliud probat, quàm quòd dolus in strictis non emendatur, nisi per doli mali actionem vel exceptionem: nunquam ex ipso contractu, aut nullitatis querela, *at Cujac. ad princip. tit. de dolo mal.* Nominis enim contractus stricti erat juris, in cujus locum literarum obligatio successit. *tit. Institut.* de literarum obligatione. Pretium autem in illa facti specie non amplius ex empto-vendito debebatur, nec ex eo contractu prædium tenebatur: sed in nominis contractum erant transfusa. Sic nec undecimum aliud probat, quàm quod verba sonant: Non autem ex eo rectè infertur; Ergo dolus malus nunquam reddit contractum bonæfidei nullum: imò verò cùm eo ipso probetur, bonam fidem esse de horum contractuum essentiali natura, ut Bald. loquitur, hoc est, de proprietate essentiali: consequens potius est, dolum malum causam dantem destruere essentialem contractus formam, & ita ne-
155 gotium revera deficere. † Ad duodecimũ argumentum duplex pervenimus: primi argumenti minor controversia non caret, & adhuc sub judice lis est, sitne distinguendum circa contractus bonæfidei, an causam dederit, vel incidens vis ac metus fuerit: *ut constat ex gloss. Bar. Bald. & aliis ad leg. si mulier 21. §. si dos. ff. quod metus caus. Cujac. dict. cap. 3. lib. 3. mercat.* Ideoque dubium per aliud dubium certum reddere non potuit. Deinde verius est, minorem esse falsam.
156 † A multis quidem communis reputatur, metum causam contractui dantem, non facere bonæfidei contractum ipso jure nullum: ideoq; dari re-

stitu-

stitutionem in integrum, vel doli exceptionem, *ut Bart ol. Bald. & quidam alii in d. l. si mulier 21. §. si dos. Salyc. ad l. interpositas. C. de transact. & Johan. Robert. lib. 3. animad. cap. 3. volunt.* † Nituntur quidem autoritate *l. ul-* 157
trim. §. 1. quod metus causa, ubi Ulpian. *si justo metu perterritus cognitionem, ad quam ut victus iret, potens adversarius minabatur, id quod habere licebat, compulsus vendidit: res suæ æquitati per præsidem provinciæ restituitur.* Verùm, ut rectè monet Cujac. hinc continuò non efficitur, venditionem illam ipso jure tenuisse: cùm suæ æquitati tum etiam res per præsidem restituatur, quando petenti denegat actionem propter rei vel negotii nullitatem, *argum. tit. quar. rer. actio non dat. l. qui proprio. §. qui alium, de procurat. l. 1. l. 7. usufruct. quemadmod. cave. l. si post perfectam 24. Cod. de evictio.* † Dein- 158
de si ad traditionem venditor vi coactus, de facto fit progressus; non sufficit ipso jure contractum esse nullum; sed res data est revocanda, aut per vindicationem, vel condictionem, aut officio judicis, ut suprà quoque de dolo asseverandum esse diximus. Itaque & sic text. ille potest esse verus in bonæ fidei contractu, cui dolus causam dedit, nec tamen probet, ipso jure hunc contractum esse fixum ac ratum. † Rursum proferunt *l. metum 9. §. vo-* 159
lenti. quod metus causa. Sed nec ille textus, autore Cujacio, aliud probat: nec apparere potest, an agat de strictis, vel bonæ fidei conventionibus: aut de metu incidente, vel causam dante: & præterea accommodatur ad præcedentia & consequentia; quibus etiam illi casus continentur, in quibus ad ulteriora perventum est, & negotium per se nullum tradendo numerando q; consummatum. † Rursum citant *l.* 160
non interest. l. si per impressionem. C. de iis quæ vi metúsve caus.

Loquuntur quidem de bonæ fidei contractibus: neutra verò id probat, quod isti volunt. Nam *in d. l. non interest.* non agitur, ut Gloss. & Dd. crediderunt, de vi & metu causam dante, sed qua vi possessores compulsi, possessiones suas, quæ majoris erant, minimo distraxerunt. Etsi quidem fateantur, duas esse illius rescripti partes, non tamen propterea consequens est, ejus etiam duos esse casus: & initiò agere de vi causam dante, in posteriore de vi incidente: Imò in principio proponitur regula, quòd vis locum facit restitutioni, nec interfit, quis vim fecerit, utrû per se an alium: deinde hæc regula ad præsentem facti speciem *in vers. nam si.* per consectarium applicatur. In *d. l. si per impressionem.* agitur de concussione majorum magistratuum & judicum, quibus ne quidem per interpositam personam permissum est emere in illa urbe vel provincia, cui præsunt, vel in qua judicant. *L. unic. C. de contractib. judic. vel eor. qui sunt circ. eos. l. non licet 46. ff. de contrah. empt. l. aufertur. §. quod à præside. ff. de jur. fisc.* & non solùm isti pœnæ locus est, si vis causam dedit, sed & si incidens fuit, scil. ut ipso jure contractus sit irritus, & precium rei amittatur, & in quadruplum agatur ex constitutione Divorum fratrum: itaque *in dict. leg. si per impressionem.* non ait Constantinus *rescindi venditionem:* sed *quod emptum fuit, reddatur,* condictione scilic. ex hac lege (ut communis est sententia teste Johann. Sichard. *in d. l. si per vim.*) propositâ, non petitâ restitutione in integrû. Deinde dato, verba illa, *& quod emptum fuit reddatur,* de restitutione in integrum agere; tamen nec sic id probabit, quod Johan. Robert. & alii arbitrantur. Etenim sub venditionis titulo erat rei cessio facta: hæc igitur cessio, ex venditione injusta, prohibita, ac

nul-

nulla facta, rescindetur, ut res tradita restituatur. Sic, inquam, non contractus, sed traditio secuta rescindetur. † Cæterùm, quòd etiam circa vim causam 161
dantem & incidentem in contractibus distinguendum sit eodem modo, quo circa dolum, & quodvis causam dans, nullum faciat, evidenter probatur *per l. 1. C. de rescind. vend. Mala enim fidei*, inquit Alexand. Imp. *emptio irrita est*. Quod irritum est, id etiam nullum est. Et in illa facti specie coactus erat venditor, ut venderet, aliàs non venditurus. Ergo *in vers. aditus.* non dicitur *prætorem debere rescindere*; sed *autoritatem suam interponere, ut refuso precio reddatur res*, ex tam irrito ac nullo contractu tradita. † Deinde idem suadet 162
l. si mulier 21. §. si dos metu. ff. quod metus caus. Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem dotis promissionem ullam esse. At dixerint, etsi actio dotis promissæ olim quoque fuit bonæfidei. *l. unic. §. 2. C. de rei uxor. action.* tamen pluribus casibus non fuit dotis pollicitatio bonæfidei, quando scilic. agebatur condictione *ex d. l. ad exactionem. C. de dotis promiss.* atque ita in dote speciale esse. Cæterùm *d. l. ad exactionem.* est DD. Impp. Theod. & Valentin. ideoque de illa condictione ex lege, Paulus *in d. l. si mulier 21. §. si dos.* ne quidem suspicari quid potuit: quippe qui plures quàm CLXXX. annos antecedit ætatem horum Impp. Cùm itaque rei uxoriæ actio bonæfidei fuerit, de ea intelligamus hunc *§. si dos.* æquius melius est. Nec porrò ullam specialitatem adferre poterint, cur secus sit in dote, quàm aliis contractibus: & de specialitate diserendi non creditur, nisi eam doceat, argumento, quo dici solet, regulæ standum, donec de specialitate exceptionis allegatæ constet. *l. nam quod liquidè. §. fin. ff. de penu legat. l. quæsi-*

tum. §. denique. in fin. ibi Barto. ff. de fund. instrum. lega. c. Idonius 32. quæst. 7. c. 2. extr. de conjug. leproso. Bald. ad leg. 1. §. sed excipiuntur in fin. ff. de feriis. Jason. ad leg. 1. Cod. de verb.
163 *signif. Dec. ad leg. 1. de reg. juris.*† Quòd autem Robertus *d. cap. 3.* hanc specialitatis rationem adfert: matrimonia oportere esse liberrima, & ideò quamcunque vim & metum irrita facere matrimoniorũ promissa. *leg. 2. Cod. de inutil. stipulat. leg. Titio 134. hoc titul. leg. ult. in fin. C. de sponsal.* quo ad ipsa sponsalia & nuptias quidem verum est: sed nihil hæc ad dotis promissionem, quæ etsi nuptiis accedit, nec sine illis intelligitur. *§. Si adversus. Institut. de nupt.* non tamen ex forma & natura nuptiarum, sed pro suo jure æstimari debet. Concedimus ergo facilè, ipsa matrimonia libera esse debere, & coacta non subsistere, si vis sit, atrox: idque speciale in iis, maximè jure Canon. esse: *Gail. observat. 93. lib. 2.* Sed negamus hinc sequi, idem quoque in dote promissa speciale esse. Nam, ut in matrimonio cõtrahendo hoc fateamur speciale esse, ea est ratio, quia nuptiæ sunt stricti juris, utpote quæ in numerum bonæfidei cantractuum non referuntur *in §. actionum. & seq. Institut. de action.* Nam si bonæfidei essent, continuò non esset in iis speciale,
164 cùm possit esse aliquot casibus regulare. † Porrò confirmatur hæc assertio *per d. leg. nihil consensui 116. de regul. juris.* quæ disertè testatur, præsertim in bonæfidei contractibus, vim ac metum esse contrarium consensui, qui videl. bona fide & liberè intercedere debet. Hæc & multa alia convincunt, in puncto juris verius esse, contractus bonæfidei nullos esse, quibus vis & metus causam præbuerunt: quanquam si quid hinc inde datum traditúmve fuerit, ejus traditionis & numerationis rescissione opus sit: ut in quoli-

quolibet alio casu traditionis, cui nullitas tituli occasionem præbuit, *velut in leg. si ego 18. ff. de reb. cred. si cert. leg. hoc modo. de condition. indeb. leg. 5. qui & à quib. manumiss. leg. 1. leg. 2. leg. 3. l. 4. ff. de condition. sine causs. leg. si donatæ 36. ff. de donat. int. vir. & uxor.* † Ad alteram rationem respondetur: Quoties res ex contractu irrito ac ipso jure nullo datur & accipitur utrinque hoc animo, ut hac traditione dominium ad accipientem transeat; utique quidem dominium transfertur, non quidem ex illo contractu nullo & irrito, sed ex illa traditione, cui hic animus auxiliatur; *argument. d. leg. si ego 18. ff. de reb. cred. si cert. leg. cùm in corpus. ff. de acquir. rer. domin. leg. 3. §. si vir. ff. de acquir. possess.* ut suprà quoque dictum est: propter hanc regulam, qua natura æquum dicitur, ut dominium cujusque rei secundùm domini tradentis voluntatem, in alium transeat, etiamsi nulla alia causa subesset, vel ea falsa aut nulla sit. *leg. quæratione. §. hæ quoque. de acquir. rer. domin.* Huic enim regulæ locus tum etiam est, quando ex putativâ falsâ, & nullâ causâ datur. *leg. cùm in corpus. de acquir. rer. domin. dict. leg. si ego 18. ff. de reb. cred. gloss. ad leg. nunquam nuda 31. ff. de acquir. rer. domin. leg. 2. §. cæca. §. seq. ff. de dol. mal. except. leg. cùm de indebito. §. fin. ff. de probatio.* nisi lex ipsam quoque traditionem infirmaret, ut fit in donatione uxoris & mariti. *leg. 3. §. sciendum. l. si cum 28. l. si donatæ. ff. de don. int. vir. & uxor.* † Non ergo ex dominii translatione, quæ sequitur traditionem, rectè colligitur vel infertur firmitas & veritas causæ sive contractus præcedentis. † Postremi quoque argumenti infirmitas ex supradictis ostenditur: Etsi enim dolus & vis non tollunt penitus consensum in contractibus & eatenus sub- 165 166 167

ſtantiam eorum non ingrediuntur: tamen proprium, naturale ac eſſentiale bonæfidei contractuum adjunctum aut penitus corrumpunt, aut imperfectius reddunt: itaque eatenus bonæfidei contractuum ſubſtantialia attingunt, aut corrumpendo & ſic irritando; aut detrahendo, atque ita aliquam imperfectionem conciliando: *illud*, ſi cauſam dederint; *hoc*, ſi inciderint. Quibus hoc modo diſcuſſis, concludendum eſt, veram eſſe communem opinionem.

168 I. DECLARATIO. † *Quæ tamen hoc moderamine ſunt accipienda, ut intelligamus, hæc ita eſſe, niſi is, qui dolum cauſam contractui dantem in bonæfidei contractu paſſus eſt, malit ex contractu experiri, eumque ratum eſſe, quàm interire.* Bart. *ad d. l. in cauſæ 16. §. 1. num. 2. de minor.* Abbas *in c. cùm dilecti. num. 8. ext. de empt. & vend.* Coſtalius *in d. l. & eleganter 7. de dol. mal. ibid.* Bald. *per l. 2. C. de eo, quod met. cauſ. & d. l. Julianus 13. §. ſi quis colludente, de action. empt.* Panorm. *ad d. c. cùm dilecti. col. 3. verſ. item cape aliam. ext. de empt. & venditio.* Hartman. Piſtor. à Seuſel. *lib. 1. jur. quæſt. 23. num. 3. &c.* Tunc enim ex novo hoc conſenſu vires aſſumeret, nec poſſet adverſarius prætendere, imò contractum ab initio fuiſſe nullum, nec firmari poſſe unius ſolius voluntate, *argum. l. à Titio 108. in fin. h. tit. l. quacunque. ff. de actio. & oblig.* Nam hoc modo propriam allegaret turpitudinem, nec audiendus. *argum. l. ob mercalem. C. de condict. ob turp. cauſ. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. & c. ff. eod.* ut ex dolo & fraude ſua commodum non ſentiat. Panorm. *ad d. c. cùm dilecti. d. verſ. item cape aliam.* Et ſibi imputabit, quòd tam fradulento conſilio in decipiendo alio uſus eſt. Quisque juri & favori pro ſe introducto renuntiare poteſt. *l. penult. C. de pact.* Nec impedimento eſt, quod de dolo paciſci non

non liceat, scil. futuro: de præterito quippe remittendo liceat. *l. 7. §. dolus. §. si paciscar. §. seq. l. si unus 29. §. pacta quæ. ff. de pact.*

II. DECLARATIO. † *Rursum declarantur hæc ita se habere in ipso contractu bonæ fidei: quod si huic stipulatio adposita fuerit, ea suam naturam hac in parte retinet, ut neq; ex ipso contractu stipulationis emendetur dolus incidens, sed opus sit alia actione, neque stipulatio irrita censeatur, cui causam dedit, per d. l. si quis cùm aliter 36. l. 5. h. tit. l. 5. Cod. h. tit.* 169

Equidem Bald. affirmabat *in l. dolo. C. de inutil. stipulat.* contrarium: existimans stipulationem hunc imitari contractum & assumere naturam ejus, cui accedit, *argum. c. accessorium. de reg. jur. 6. & l. 5. h. tit.* sed sibi ipsi contradicit, seque corrigit *in l. si quis cùm aliter 36. h. tit.* & stipulationem suam retinere naturam statuit: quã sententiam communem esse testatur Jason *in d. l. si quis cùm aliter 36. num. 7. h. tit.* propter textus generalitatem *in d. l. si quis cùm. & d. l. 5. Cod. de inutil. stipulat.* in quam etiam sententiam faciunt, quæ paulo antè *in conclus. 4. num. 49.* discussimus. Imò idem confirmatur *per l. 3. ff. de rescind. vend.* ubi habetur, emptionis venditionis naturam non mutari accedente stipulatione. Ergo nec ipsius stipulationis natura hoc modo mutabitur. Declarat hãc decisionem quidem tertiò Panorm. *in d. c. cùm dilecti. col. 3. vers. sed excipe casum. ext. de empt. & vend.* non procedere in actibus spiritualibus, veluti si quis dolo inductus sit religionem ingredi, aut ordines clericales recipere, *per text. in c. cùm dilectus. ext. de his, quæ vi metúsve caus.* item, si quis dolo inductus ad contrahendum matrimonium persuasus sit cum ea, quam aliâs non duxisset. *per gloss. in l. à divo Pio 58. de ritu nuptia.* Nam etsi olim propter legem Constantini aliasque constitutiones,

leges & senatusconsulta, inter senatorem & libertam ipso jure nuptiæ non essent: ideoque si senatorem libertina decepisset, ut quasi ingenua & nupta esset; nuptiæ nullę nullaque dos esset, ac insuper etiam in eam danda actio ad exemplum edicti prætoris vel de dolo vel injuriarum; *uti gloss. in d. l. à divo. explicat*; juxta rescriptum Divi Pii *in d. l. à Divo Pio 38.* tamen post latam à Justiniano *Novell. 117. ut liceat matri & avia, &c. c. 6.* hæc circumventio nō amplius nocet, nec potest senator maritus deceptus à matrimonio hodie recedere; cùm illud ipso jure firmum sit, *secundùm d. Novell. 117. d. c. 6.* Verùm dici potest, hāc declarationem esse supervacuam: tum quòd actus illi non sunt bonæ fidei sed stricti juris, *arg. §. actionum. Inst. de act.* tum quòd ut plurimū dolus iste, si quis est, aut non est malus, sed bonus: quia ad bonum finem tendit, *Panorm. d. loc.* aut non tam ad circumventionem, quàm ad fatuitatem compositus est, ut loquitur Pontifex *in d. cap. cùm dilectus. ext. de his, quæ vi metúsve causa.* Qua de causa peculiarem de iis declarationem nullam facio.

VIII. CONCLUSIO.

170 *IDem †(quod de vero dolo dictum) est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habeat: ex qua stipulatione si quis petat, hoc ipso dolo facit quod petit.*

d. l. si quis cùm aurum 36. vers. idem est. h. t. ubi Bart. Bald. Jas. Cujac. Donell. & alii. Hartmā. Pistor. à Seusel. lib. 1. quæst.

171 *23.* † Dolus, ut diximus, alius est ex proposito, de quo hactenus in præced. concluſ. alius ex ipsa re;

quem

quem & præsumtum dolum appellitant Zas. & Donell. *nu. 4. in d. l. si quis cùm aliter 36. h.t. per §. in fraudem. in fin. Institut. quib. manumitt. non lic.* Ab initio sanè omni fraude caret; sed ex postfacto, patefactâ veritate, si quis ex tali causâ pergat petere, dolo facit, quod petit, *per d. l. si quis cùm aliter. in fin. l. 2. §. circa. §. seq. de dol. mal. excep.* Itaque hic dolus semper est incidens, nunquam causam dans contractui. & quod *in d. l. si quis cùm aliter 36. vers. idem est.* dicitur, idem hoc casu esse, quod in principio illius responsi de vero & ex proposito orto dolo disponitur, eò spectat, ut intelligamus dari exceptionem doli mali, qua se promissor adversus hanc dolosam petitionem defendat. † Exempli gratiâ: Centum tibi testamento erant legata: Ego & tu utrique ignorabamus quinquaginta tibi codicillis esse adempta: stipulanti tibi ex legati causa promisi centum, qui tantùm juxta testatoris voluntatem, quinquaginta promittere debebam. Postea repertis codicillorum tabulis, etsi quidem bona fide stipulatus eras, egoque promiseram, tamen re ipsa me deceptum esse apparet; & tu, qui hoc jam scis, si pergas 100. ex stipulatione petere, dolo malo id facere videris, consilio nunc fraudis accedente, *d. l. si quis cùm aliter. in fin. d. l. 2. §. circa. de dol. mal. except. §. 1. §. 2. Institut. de exceptio. Hartman. Pist. à Seusselitz d. libr. 1. quæst. 23.* Imò etsi ex mea promissione petis, & hactenus rectè petis, tamen reluctante testatoris voluntate atque ita dolo petis, *leg. 4. §. præterea. de doli mali except.* Sic si cùm ignorante me tuus procurator meo procuratori centum ex depositi causa, quæ mihi debebas, solvisset, ego eadem centum millia à te stipuler: in præsenti nulla fraus adest, quanquam tu re ipsa decipiaris: si verò ex stipulatione te con- 172

veniam, jam tandem dolo experior: & meritò, præsertim de solutione certior factus, exceptione doli mali repellar, *per d. l. 2. §. circa. §. seq. ff. de dol. mal. except.*

Atque hæc hactenus de materia, quam cum omnibus vel majore contractuum parte, communem habet: sequitur de materia, quæ contractuum verborum propria est.

IX. CONCLUSIO.

173 PRopria † *stipulationis materia, quam solam cum dotis dictione, & jurejurādo liberti communem habet, in verbis consistit, & ut Ulpianus ait, Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente.*

leg. 1. h.tit. Verba igitur utrinque linguâ figuratâ stipulationem conficiunt; ex verbis substantia ejus consistit. *d.l. 1. in princ. §. verbis. l. obligamur 52. ff. de action. & oblig. d. leg. 1. in princ. & §. fin. leg. 5. leg. si stipulor 35. §. fin. l. continuus. l. quicquid 99. h.tit. §. 1. §. 2. Instit. eod. §. præterea. Instit. de inutil. stipulat. l. 1. l. 3. Lomnes. C. h.tit.* nec nuda ac mera hîc sunt symbola, deliberatum animum arguentia, qualia in plerisque negotiis civilibus Romani adhibebant, & de quibus Clemens Alexandr. *libr. 5. stroma.* scribit, ut Duar. hîc *in præfatione* & Donel. *ad Rubr. num. 12.* arbitrantur: sed aliquid amplius
174 sunt. † Omnia quidem verba sunt symbola; quia sunt notæ rerum; neque solùm notæ, sed & ejusmodi notæ, quæ loquentis vel scribentis animum, voluntatem & affectum exponunt, ut *ad Rubr. de verb. signif. pluribus.* Et hanc naturam hîc non deponunt.
175 † Deinde, sicuti si æs & libra, quæ in testamento olim

dicis

dicis causa adhibebantur, tanquam certi ejus negotii argumenta habebant, *§. 2. Institut. de testament. ordin.* & in testium rogationibus aurium vellicatio, de qua Horatius & in Curcul. Plaut. *& ad leg. Marcellus 9. de verb. signif.* item χειροτονίαι sive manuum porrectiones in deferendis honoribus: Duaren. *ad Rubr. h. tit.* sic etiam verba hîc se habent: sunt etiam argumenta, symbola, & certissimæ notæ ejus animi, quo in idem placitum plures consentiunt, quo hoc inter se negotium volunt: sed non solùm illud sunt, verùm adhuc aliquid sunt amplius. Nam præterea stipulationis substantiam constituunt, & formæ impressionem recipiunt, & ita pars sunt essentialis.

† Quod enim est paries in ædificio, tignum & cæ- 176
mentum in pariete, illud sunt verba linguâ figurata in stipulatione. *dict. leg. 1. §. verbis. dict. leg. obligamur 52. ff. de action. & obligat. dict. leg. 1. §. in princ. & §. fin. dict. leg. 5. d. l. si stipulor 35. §. fin. h. titul. cum similibus.* † Ideo- 177
que hac materiali essentiâ, sive parte differt stipulatio à locatione-conductione, ab emptione-venditione, à societate, ut *cap. 1.* videre est: quia etsi hæc etiam negotia possunt expediri verbis: tamen nihilominus subsistunt, etiamsi non utrique loquantur, sed alter eorum tantùm: Etiamsi verbis nulla negotii forma imprimatur, ut ex verbis sit obligatio, veluti *in dict. leg. si stipulor 35. §. fin. h. titul.* Paulus respondet. Æs autem & libra testamento adhibita dicis causa, non erant pars substantialis testamenti, sed signa & argumenta tantùm contractæ venditionis imaginariæ: vera substantia erat nuncupatio linguâ facta, ut ex Ulpia. *de testam.* constat. Et aurium vellicatio similiter pars rogationis substantialis non erat, sed nuda solennitas admonens testem

derei memoria, quia ex hac attrectatione auriū me-
ininisse posset, quid acti esset. Nec etiam manuum
porrectiones ipsum honorem deferebant, neque
constituebant, sed solummodò erant indicia, notæ
178 & signa dati suffragii delatiq; honoris. † Sic in ma-
numissionibus & emancipationibus alapæ & cir-
cumductiones erant symbola datæ libertatis, sed ip-
sam libertatem non dabant, quia pars manumissi-
onis non erant. *l. ult. Cod. de emancip. lib. Novel. de consul.*
179 † Sic coronatio regis certum & infallibile argumen-
tum est creati regis, sed non creat regem, neque pars
180 creationis est, quæ sola facit ut rex sit. † Quare tam-
etsi largiamur Duareno & Donello, verba in stipu-
latione esse symbola & talia, qualia fuerunt illa, de
quibus Clemens Alexand. *d. loco* scribit: non tamen
hoc largiri nos propterea oportet, quòd nihil am-
plius sint, quàm symbola animi & rei gestæ, cùm rem
ipsam & ipsum stipulationis τὸ τί) constituant, cùm
illud sint, ex quo est stipulatio. Ex symbolis quippe
quæ nihil amplius sunt, quàm symbola, rerum sub-
181 stantiæ non existunt. † Nec rursum cogimur cum
Cujac. negare; verba prorsus non esse symbola: imò
fatemur, sed non solam symbolorum rationem in
stipulatione habere. Non enim absolutè verum est,
verba nō esse symbola, nisi sint allegorica. Imò ver-
ba, etiam propriè accepta, symbola sunt, quia no-
tæ sunt, quibus unumquodque vocatur, & quasi tesse-
ræ quædam, aliquid aliud, quàm ipsæ in sese sunt,
demonstrantes: *per ea. quæ Bald. ad leg. si non convicii. Cod.*
de injur. per leg. 3. leg. 7. de supellect. lega. leg. 4. leg. 24. de leg.
1. §. si in nomine. Institut. de lega. &c. sed tum maximè
symbola censeri debent, si sint & allegorica: Nam
tum etiam respectu verborum propriè acceptorum

Notæ

notæ erunt, aliud, quasi ænigma, demonstrantes, quàm propriâ suâ vi significant. Deinde stipulationis substantia ex verbis ita existit, ut eadem etiam simul sint symbola, signa & certa indicia, animi sensa demonstrantia. Sunt igitur verba in stipulatione accipienda pro symbolis, sed non nudis ac meris, verùm etiam pro materiâ. † Res in mutuo non solùm est pars formæ, sed etiam symbolum & nota ejus contractus: literæ in obligatione literarum, etsi quidem pars sunt essentialis, sunt tamen & symbolum rei illius gestæ: Consensus in emptione-venditione est symbolum voluntatis & assensus in idem placitum; sed non nudum ac merum, cùm simul etiam ipsum τὸ εἶναι constituat. Eadem ratione verba in stipulatione sunt symbola, seque ut symbola habent, sed non ut nuda ac mera, verùm tanquam stipulationis materia, & pars essentialis, cui si forma stipulationis tanquam altera pars impressa fuerit, totam absolvet rei hujus contrahendæ substantiam. † Ex his apparet, manuum porrectionem ac conjunctionem nostris usitatam in conficiendis negotiis, non esse stipulationem, nec partem stipulationis, sicuti verba sunt, sed solummodo evidens consensus ac fidei majoris signum, ut rectè Tiberius Decian. *Responsi. 64. num. 14. volum. 3.* tradidit: tantumque se ut merum ac nudum symbolum habet, nihilque addit substantiæ rei vel detrahit, nec res ex ea substantiam capit. Unde & in propinandis scyphis, in salutando & gratulando, in confabulationibus amicitiæ ac fidei gratiâ solent nostri eleganti (ut Lipsius loquitur) manuum impressione uti. Nec ad rem facit, quòd hunc stipulandi promittendique modum appellamus sti-

182

183

pulata manu factam assertionem. Non enim stipulatio ista ad manum refertur, ac si per illam vel stipulemur, vel promittamus, sed quòd stipulanti eam porrigit promissor majoris fidei ac certitudinis gratia; ut appareat, se & deliberato animo promittere, & quòd per dextram suam fidem fallere nolit. Est enim dextera fidei sacra. Quo fit, ut & juramenti loco soleat hęc manuum porrectio adhiberi; mit hand gegebener treu an aids statt &c.

X. CONCLUSIO.

184 *Loqui † utrumq; oportet, ita tamen ut alter alterum aut per se aut per interpretē intelligat.*

... d.l.1.in princ.& fin.h.titul.l.omnes 10. Cod.h.tit. Itaque etiamsi omnes sint Germani, aut omnes Itali, & ita ejusdem linguæ: tamen si in contrahendo non utantur eâdem vel nativâ linguâ, sed aliâ atque aliâ; linguæ diversitas, veluti si alter Latinè, alter Græcè, alter Germanicè vel Hispanicè aut Gallicè, vel Hebraicè loquatur, stipulationem non vitiat, modò se invicem intelligant, & verba sint congrua, nec in
185 forma deficiant. *d. l.1.in fin.* † Intelligent autem se mutuò aut per sese, aut per interpretem, eumque verum, hoc est, minimè fallacem nec imperitum linguæ, ut *in d.l.1.in fin.* expressum est, & latius prosequitur Mynsing. *Resp. 88. num. 1. 2. 3. 4. 5.* Nec tamen eo minus utrique loqui debent, & ipsi verba proferre, stipulator interrogando, promissor respondendo: nec aliud interpretis officium hac in parte est, quàm ut verba stipulandi animo utrinq; prolata, alteri nō intelligenti quid sibi velint & quid significent exponat, declaret, interpretetur: nihil de suo addat,

vel

vel detrahat: nihil sua interrogatione vel responsione gerat: alioqui non esset inter hos duos negotium stipulationis, sed inter interpretem, & hunc alterum vel solius interpretis foret: de qua re latè Dd. *in d.l.1. §. fin.* Nam inter stipulantem & respondentem hoc negotium tantùm peragitur, nec potest alter alteri stipulari. *Linter 38. h. t. ut infr. suo loco pluribus.* Debent itaque utrique loqui. † Hinc in disceptationem ve- 186
nit, si ambiguitas postea vel de verbis eorumque intellectu & interpretatione, vel de ipso negotio inter contrahentes incidat; an interpreti plena hac in parte fides sit danda? item an testis esse queat? Videtur enim partes proxenetæ sustinuisse, quem pleriq; putant, testem esse non posse, nisi utriusque partis consensu, *Alexand. cons. 150. col. 3. Dec. cons. 133. Felin. ad c. dilectorum. extr. de testib. cogend. per c. mediatores. extr. de testib. 6. gloss. in c. si quis Episcopus 1. quæstio 1. §. quoniam verò. Novell. de testib. Bart. in leg. omnibus. Cod. de testib. & leg. deferre. §. decreverunt. de jur. fisc. inter consilia Zas. 3. volu. 2. num. 49. & seqq.* Deinde, ubi de numero testium aliud non est dispositum, duorum numerus, non minor sufficit. *leg. ubi numerus. ff. de testib. Cujac. in dict. leg. 1.* † Vox quippe unius vox est nullius. *l. jusjurandi. Cod.* 187
de testib. Zas. consil. 5. num. 19. vol. 2. Sunt, qui proxenetam etiam invita alterutra parte admittunt, *Bald. & Salyc. in dict. leg. omnibus. Cod. de testib. gloss. in dict. §. quoniam. Zas. cons. 9. num. 6. volu. 1. & consil. 2. num. 27. volum. 2. Andr. Tiraquell. de retra. lign. in præfat. num. 26.* & interpreti plenam fidem tribuunt. sunt qui distinguunt, cum quibus non immeritò facimus. Mynsin. *d. Resp. 88. num. 6. 7. & 8.* Sed hæc hujus loci non sunt.

XI. CONCLUSIO.

188 *Itaque † per nutum, vel cornu, aut tubam, vel alia signa, puta ziphras, vel fabas, stipulatio non contrahitur.*

l.1.§. si quis ita. ubi interpp. omnes. h.titul. Anton. Gomez. tom.2. variar. resolut. cap.9. num.3. vers. secundò. vers. quartò infero, &c. Nam cùm contractus sit verborum, qui utroq; loquente contrahitur, debet sanè fieri mediante instrumẽto ad loquendum apto. Etsi verò nutus aptum est signum, ut & quod cornu, vel tubâ ex composito datur, vel scribitur, ad arguendum consensum vel animum eumque declarandum: undein his, quæ verba non desiderant, sufficere queunt. *l. in quibuscunque 48. l. non figura. d.l. obligamur 52. ad fin. ff. de oblig. & act.* non tamen sunt verba habili ad loquendum instrumento prolata, non congrua sunt, nec apta satis ad negotium tale, quod verbis consistit, nec aliter, quàm verbis conficitur conficiendum. *d.l.1. §. 1. & fin. h.t. ubi Dd. Gomez. d. cap.9. num.3. vers. secundò infero. Bald. in Rub. ext. de præscript.* Siquidem in hoc contractus genere verba non sunt tantùm symbolica, sed etiam essentialia.

XII. CONCLUSIO.

189 *Sed † nec per nuntium contrahitur.*

per leg.1. in prin. & §. qui præsens. ubi Dd. omnes. h.tit. leg.3. C. h.t. leg.3. C. de inutilib. stipulat. §. item verborum. Instit. de inutilib. stipula. Nam absens nihil ab absente stipulari propterea potest, quòd oporteat eos se invicem exaudire. *d.l.1.* Quid enim opus esset utrumque loqui, nisi ea, quæ loquerentur, audirent? Nuncius autem propriè est inter absentes. *§.1. verb. vel per nuncium.*

cium. vbi glos. & interpp. Instit. de oblig. quæ ex consens. leg. 2. vbi Cujac. Duaren. & Jas. de pact. Et quamvis in pacto receptum sit per nuncium contrahere, quòd is fit instar epistolæ, teste Cujac. *in d. l. 2.* tamen ne sic quidem stipulari per nuncium permittitur. Nec instar interpretis haberi potest, cùm is utroque præsente & loquente verborum sensa tanquam animi indicia renunciet, & utatur tantùm interprete linguâ, non nuncii vice.

XIII. CONCLUSIO.

N*Ec † per epistolam.*

glos. in l. Titius. de constit. pecun. per illum text. ibid. 190
Bart. Bald. in leg. 1. hoc tit. Etsi quidem epistola tacitus est animi nuncius, ut Epictetus D. Hadriano respõdit, propriè tamen per epistolam non loquimur. *leg. miles ad sororem. ff. de lega. 2. Bald. & alii ad d. leg. 1. per illum textum. dict. leg. 2. ff. de pact. l. 1. ff. de legib. Joban. Coras. lib. 1. Miscella. cap. 24. numero 1.* Estque modus contrahendi non inter præsentes sed absentes, *leg. 1. ubi Dd. Cod. h. tit. d. l. 2. ff. de pact. ubi Duaren. & Cujac. d. §. 1. Instit. de obligat. quæ ex consens.* † Nec *d. lex 1. Cod. h. tit.* reclamat, dum ita Severus & Antoninus rescribãt: *Licet epistolæ, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum, cui cavebatur; tamen si res inter præsentes gesta est, credendum est, præcedentem stipulationẽ vocem spondentis subsecutã esse.* Igitur & ipsa res palàm arguit, & verba loquũt, *epistolã* eo loci accipi pro cautione sive instrumento, ꝙ de stipulatione aliqua, quæ cõtracta dicebatur, erat confectum: in quo etsi scriptum erat, *Primum spopondisse*, non tamen expressum, *Secundum interrogasse* promissorem. Unde in dubium vocabatur, num huic instrumento fides habenda, & an pro-

baret stipulationem, vel potiùs pactum esse contractum? Impp. de ea re consulti rescribunt: *Propterea neque fidem instrumenti deficere, neq; contractum corruere: sed præsumi oportere contractam esse stipulationem, modò hæc cautio de eo negotio, quod inter præsentes tractabatur, sit con-*
192 *scripta.* † Ejusmodi certè instrumenta, quæ de contractibus fiunt, passim appellantur *epistolæ* & *literæ*, non quòd instar nuncii intercedant, sed testimonii causa emittantur, etiam inter præsentes, ut patet *ex l. Titius 24. l. fi. ff. de constit. pecun. l. Lucius. l. Publia. ff. depositi.*
193 *l. optimam. Cod. h. tit. l. Titia 134. §. penult. h. tit.* † Multum itaque differunt *epistola*, quę contrahendi conficiendiq; negotii causa emittitur, & quę testimonii causa de aliquo negotio confecto habetur: Illa est ipsius contractus adjuvans causa & sæpe principalis; imò pars quædam formalis extrinsecus accedens; maximè quando hoc inter partes expressè agitur, ut contractus fiat, nec aliter perficiatur, quàm in scriptis; *ut in l. contractus 17. Cod. de fide instrum. §. sed hoc quidem. ubi interpp. Instit. de empt. vendit.* Hæc tantùm probationis & testimonii causâ intercedit, *ut ex §. 1. & d. §. sed hoc quidem. d. l. contractus 17. l. emptor. §. 1. ff. de pact. d. l. Titius. d. l. Publi. d. l. Titia. §. pen. d. l. optimam. d. §. item verborũ.*
194 *Inst. de inutil. stipul. notum est.* † Itaq; quod *in l. ea quæ 57. ff. de donat. int. vir. & uxo.* refertur: eam, quæ à marito suo pecuniam ex causa donationis acceperat, literas ad maritum misisse hujusmodi: *Cùm petenti mihi* &c. Paulum respondisse; *pecuniam, quam vir uxori donavit, ex stipulatione proposita, si conditio ejus existit, peti posse* &c. hunc intellectum habet: de illa stipulatione, qua stipulanti marito donatori uxor promiserat, restituere pecuniam donatam, *si per se suosque mores steterit, quo minus in diem vitæ suæ matrimonium illud perma-*

maneat, vel invito marito discedat; chirographum marito misisse, quo de hoc negotio ita contracto testabatur, *ut & in d. l. emptor. §. 1. d. l. Titius. d. l. Publia, &c.* minimè verò, quasi per illam epistolam sit stipulatio contracta: multò minus, quòd hunc in modum sit inter absentes conventum. Imò quòd de negotio priùs, & quidem in præsenti confecto testetur, faciunt illa verba: *Cùm petenti mihi à te domine carissime adnuerit indulgentia tua, &c.* item, *quæ summa mihi numerata est.* Item illa verba, *quæ mihi hac die donationis causa dare voluisti.* Quæ sanè omnia verba sunt præteriti temporis perfectum jam negotium arguentia: & quòd eadem die, hoc est, in continenti, durante eodem tractatu, hanc epistolam emiserit, id est, scripserit maritoq; dederit, liquidò probant. Et verbo *spondeo*, nihil aliud significat, quã, *me, uti spopondi, ita spondere adhuc, testatum facio hac manu mea.* Et in hanc sententiam inclinant omnes Zas. Jason. Bald. Coras. Cujac & alii. Et quamvis Zasius hanc antinomiam difficilem putet, tamen credendum non est, Paulum vel sibiipsi, vel cæteris jnris regulis cõtrà dixisse. † Sed nec Paulùs *in l. non figura. ff. de action. & obligat.* ab hac conclusione disentit; *Non figurâ literarum*, inquit Paulus, *sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur; quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quàm quòd vocibus linguâ figuratis significaretur.* Notanda est inscriptio, quæ collata *cum l. 2. l. 4. l. 6. l. 13. l. 15. l. 17. l. 19. l. 21. l. 23. l. 27. &c. ff. de pact.* docebit eam pertinere ad tractatum de pactis: est enim ex lib. III. ad edictum descripta: & ita exponit illud quod *in l. 2. de pact.* dicebatur, cujus pars videri potest. Nam cũ Paulus ex Labeone retulisset, *convenire posse vel re, vel per epistolam aut per nuncium, &c.* & de cautione reddita 195

adjeciſſet, *videri pactum de non petendo*: hanc ſubjecit expoſitionem loco rationis, cur & cautione reddità videatur pactum eſſe de non petendo, & per epiſtolam rectè conveniat: Quia *non figura literarum, &c.* In pactis verba linguâ figurata non deſiderantur: ſecus in ſtipulatione. Itaq; quod ibi in genere de conventionibus & epiſtolis dictum eſt, ita in genere etiam accipi debet, ut tamen non extendatur ad iſta negotia, quæ ſpecialiter verbis opus habent, nec ſine verbis conſiſtunt, & à generalitate iſta quaſi ſpecialiter excipiuntur, *juxta d. l. in quibuscunque 48. ff. de action. & oblig. d. l. ſi ſtipulor 35. in fin. h. t. d. l. obligamur 52.* Semper enim probandum eſt, generi per ſpeciem derogari. *l. in toto 18. ff. de reg. jur.*

196 I. DECLARATIO. † *Cæterùm hæc adeò vera ſunt, ut quamvis inter præſentes epiſtolæ emitterentur, quibus alter alterum ſine verbis aptis linguâ figuratis interrogaret, & hic viciſſim reſponderet, quia nolint fortaſſe à præſentibus intelligi, non tamen dici queat ſtipulationem eſſe contractam. per d. l. Titius. ff. de conſtit. pecun. ubi gloſs. & ibid. Bartol. Anton. Gomez. d. tom. 2. cap. 9. num. 3. verſic. ex quo primo.* Non enim dici poſſet materialem adeſſe ſubſtantiam. Et in hanc ſententiam facit *dict. lex 1. Cod. hoc tit.* quippe tum tandem epiſtolæ, hoc eſt, cautioni illi fidem habendam eſſe volunt Impp. ſi res inter præſentes geſta eſt: quia tunc credendum eſt, præceſſiſſe interrogationem, ſecutam reſponſionem: niſi hoc etiam ſecus eſſe doceatur.

197 II. DECLARATIO. † *Deinde hæc in tantum quoq; vera ſunt, ut nec inutilis ejuſmodi ſtipulatio & promiſſio per epiſtolam facta, vim utilis pacti habeat. per dict. leg. 1. Cod. h. t. fac. d. l. 1. §. ſi quis ita. ubi Dd. l. eum qui 56. §. 1. ver. & quam-*

198 *vis. h. tit.* † Nam nec aliâs inutilis ſtipulatio utile pactum

ctum habet, veluti, si quis stipulanti annuisset, *d. l. 1. §. si quis. h.t.* vel interroganti per zifras, vel literas, aut alia signa respondisset, de quibus antè convenerat, *ut Gomezius d. cap. 9. num. 3. vers. tertiò infero. ex Bald. ad l. 1. h.t. & aliis declarat. licet Duarenus in nutu & epistola dissentire videatur.* Sed etsi epistolâ, etsi nutu pactum contrahi potest, *dict. leg. 2. l. 3. l. 4. & c. ff. de pact.* non tamen satis est nutum esse factum, signum datum, aut emissam epistolam; nisi etiam paciscendi animo hoc factum sit, *per dict. leg. 7. §. quod ferè de pact.* Et quemadmodum voluntas propositumque delicta distinguunt: *l. qui injuria. de furt.* Sic etiam ex utriusque voluntate in idem placiti genus consentiente conventionum genera discernuntur ac distinguuntur, *l. 1. §. si quis servum. §. seq. ff. depos. dict. leg. 7. §. quod ferè. ff. de pact. d. l. 8. ff. mandat.* † Nisi igitur animus paciscendi 199
intercedat utrinque, utile pactum ex inutili stipulatione nequit existere: sed is animus non est quoquo modo stipulantis, & alium sibi per stipulationem adstringere volentis, ut nec est ejus, qui stipulationis causa promittit, argu. à simili. *ex leg. si ego 18. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. in omnibus 55. l. in omnibus 57. ff. de action. & obligat.* Non igitur talis stipulatio utile pactum habet, nisi hoc nominatim convenerit, ut eo modo valeat, quo valere possit. † Neque resistit 200
l. Titius 24. ff. de constitut. pecunia. ubi facti species hæc tractatur: Titius emiserat epistolam; hoc est, *cheirographum Sejo creditori dederat*, quo cavebat apud se remansisse 50. ex contractu suorum pupillorum, quorum tutor erat Titius, quos reddere promiserit Sejo Idibus Maji probos: quòd si ad diem suprascriptũ non dederit, tunc se usuras daturum: quęsitũ est, an Titius loco pupillorũ principalis debitor sit

factus, an ex constituto teneatur? Ad quam quæstionem Marcellus respondet per distinctionem: Ideoque hoc responsum de inutili stipulatione accipi nequit, quasi ea utile pactum habeat. Marianus enim duos casus distinguit: *aut stipulatio interceßit, & ex ea*, inquit, *tenebitur; aut non interceßit, & ex pacto constituti ad sortem obligatus erit.* Id inprimis arguit, quòd utramque quæstionem seorsim proponit: de stipulatione *in vers. quæro.* de constituto *in vers. item quæro.* De stipulatione sic edisserit: *quæro an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus succeßerit* (id est, novaverit obligationem, eamque in se transtulerit?) *Marcellus respondit, si interceßisset stipulatio, succeßisse.* De pacto sic loquitur: *Item quæro, an si non succeßisset* (hoc est, non interceßisset stipulatio, sed nuda sponsio, sive pactum) *de constituta teneatur: Marcellus respondit, in sortem teneri. Est enim humanior & utilior ista interpretatio*; quæ scil. negat usurarum obligationem hoc constituto contineri: *ne forte dicamus usuras quoq; in strictis judiciis posse ex pacto deberi*, contra quam *in l. 3. C. de usur.* cautum est. Etsi enim usura jam debita & ritè promissa constitui potest, non tamen constituta sorte etiam usura constituta erit. Quin etiam illa verba, *si non succeßisset*: non probant, ac si *tentata* quidem *fuisset stipulatio*, sed inutiliter: Imò *succeßisset* pro eo est, q.d. si non accessisset: si non intercessisset: si non facta: si non interposita, si non
201 subsecuta esset. † Nihil etiam negotii facessit *l. an inutilis 8. de acceptilat. & l. si unus 27. §. pen. de pact.* Primùm enim constat *ex l. Arrianus. de action. & oblig.* proniores JCtos esse ad liberandum, quàm ad obligandum. Deinde acceptilatio non est stipulatio, sed liberatio, *l. 1. de acceptilat. §. item per acceptilationem. Instit. quib. mod.*

mod. tolli. oblig. ut cap. 1. quoq; monuimus. Denique JCtus utroq; loco innuit, id ita esse, si utrinque animo liberandi quolibet modo facta sit acceptilatio, hoc est, si eo animo acceptum facere utrique voluerit, ut eo, quo possit, modo ex illo actu liberatio cõtingat. Quòd si is animus utrinque non est, & vel unus in eo dissentiat, quia nolit aliter liberationem evenire, quàm eo, quo conatus est, modo: secus erit, nec inutilis acceptilatio, utile pactum liberatorium habebit. Hæc ex ipsis textib. clara sunt: & paulò altiùs à me repetita, *in l. natura cavillationis 177. ff. de verb. signific.* † Sed nec *l. stipulor 35. in fin. hoc tit.* obstat. Principaliter contrahebatur emptio-venditio, vel societas, aut locatio-conductio: ejus rei causa alter alterum interrogabat, velítne rem tanti sibi venditam? tanti locatam? tanto quæstu in societatem venire? Nihil animo stipulandi fiebat: Hîc emptio, hîc locatio, hîc societas jure perfecta erit, etiamsi alter saltem annuat, vel signo alio declaret voluntatis prõptitudinem. Et quid postea? fecerit animo stipulandi: quia tamen hæc stipulatio accessura erat principali negotio: si itaque deficiat stipulatio, non continuò principalis conventio deficiet, *argum. c. accessorium. de R. J. 6. cum ibi not at.* Rursum objecerit aliquis *l. si quis pro eo 56. §. 1. ff. de fidejussor.* ubi Paulus negat, si à patre filius, vel servus à domino stipuletur, fidejussorem acceptum obligari: non quia inutilis stipulatio utile pactum non habeat, sed quòd fidejussor ille non possit pro eodẽ eidẽ esse obligatus: quippe sibi-ipsi pater per filium, vel dominus per servum acquireret obligationem fidejussoriam, eidemque mandati per eundem obligaretur: at ex diverso, si pater à filio, vel dominus à servo stipulatus sit, posse 202

fidejussorem hujus naturalis obligationis cum effectu accipi. Itaque necesse esse, eam stipulationem, quæ ob jus potestatis patriæ & dominicæ civili jure non consistit, naturalem nihilominus obligationem producere, non ea vi, qua stipulatio est, sed qua pactum in se tacitum habet. Respondendum est, aliam esse rationem nullitatis, quæ resultat ex defectu materiæ & formæ: aliam, quæ ex adjuncto stipulantium ac promittentium. Deinde cùm pater & dominus intelligant probabiliter nullitatem stipulationis secundùm jus civile; utique creduntur, ab initio animo pacti contraxisse, ut omni meliore modo valeat. Denique respectu peculiorum consistit obligatio non indistinctè & ipso jure, sed prætoriâ actione.

203 III. DECLARATIO. † *Porrò quæ in hac conclusione dicta sunt, ita procedunt, ut quidem ex scriptura stipulatio substantiam non capiat: si tamen convenerit, ut prius rata non sit, nec pro perfecta habeatur, quàm scriptura intervenerit, h.e. de eâ stipulatione instrumentum fiat, & ita in scriptis contrahatur, standum est conventioni: nec prius vires habere incipiet, quàm scriptura illa fuerit absoluta: & antequam absolvatur, liberè pœnitere licebit. per leg. contractus. Cod. de fide instrum. dict. §. sed hæc quidem. cum ibi not. a. Instit. de empt. vend.* Etsi quidem expresè & distertis verbis stipulationum non fiat mentio *in dict. leg. in contractibus.* tamen verba tam sunt generalia, ut vix ac ne vix stipulatio excludi videatur. Quin & transactionis absolutè fit mentio, quòd & illa hoc modo confici queat, ut ex instrumenti perfectione consequatur suam quoq; perfectionem. At transactio nō solùm pacto, sed & stipulatione fieri potest. *l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. ff. de transaction. l. 4. l. 5. l. 6. l. ut responsum, &c. Cod. eod.*

Nec

Nec impedimento est, quod diximus, per scripturam non posse contrahi: quod intellige, ut ex scriptura initium & progressum substantiæ capiat: perfectionem effectus inde habere potest: quippe oportet eam interrogando & respondendo fieri: sed propter pacti conventionem vires ejus suspenduntur, & quasi sub conditione differuntur, ut nō prius obliget, quàm si instrumentū de ea re fiat, nec prius alterutrum pœniteat, quàm instrumentum sit absolutum. Sicut ergo quælibet alia conditio non obest ipsi stipulationis formæ, nec materiæ, sic nec ista.

IIII. DECLARATIO. † *Deniq; declaratur hæc conclusio, ut quidem scripturâ solâ ac per se non contrahatur: si tamen testetur epistola vel instrumentum; rogasse Titium spopondisse Sejum: præsumi debet, stipulationem revera & ritè intercessisse, nisi pacisendi causâ factum, vel falsum doceatur instrumentum. dict. l. 7. §. quod ferè. ubi Dd. ff. de pact. dict. leg. 1. cum ibi not. a. l. optimam. C. h. t. l. Titia 134. §. pœn. h. t. §. si scriptum. Instit. de inutil. stipulat.* Verba in potiore significatu sunt accipienda, ut neque otiosa videantur, neque minùs significent, quàm mens est proferentium & consentientium. † Qua occasione quæ- 205
situm est de fide scripturæ. Et obtinuit, tanti momenti esse cujusq; cum testium subscriptione factū cheirographum, & instrumentum publicum, vel aliàs justa sua solennia habens, ut non admittat contrariam probationem per testes, nisi apparens sit vitium, vel fides ejus arguatur, *l. cum precib. ubi Bald. C. de probat. Jas. ad l. si post. C. de jur. & fact. ignor. Joseph. Mascar. de probat. vol. 2. conclu. 905. 906. 907. Paul. lib. 5. sent. tit. de test. Cujac. ad l. 30. h. tit. & l. sciendum. h. tit. & in fin. Inst. de fidejussor. Bald. ad l. 2. Cod. de edict. divi. Hadria. tollen.* † Est e- 206
nim probatio probata *Bald. in leg. 1. ad fin. C. de judic.*

Roland.à Valle.consil.39.num.5.& 6.volum.1.& consil.40.n. 8.9.10.11.12.volum.2.consil.2.num. 58. volum.1. Tiraqu.de retraict.lignaig.§.2.gloß.1.num.20.& seqq.Anto. Gabrielius de præsumpt.lib.1.commun.conclusion.concluſ.1. Jacob. Menoch.

207 *de præsumpt.lib.1.quæst.99.num.12.& seqq.ad fin.* † Sic intrinseca solennitas, h.e. subſtantia & qualitas negotii, quæ verbis ipsis exprimitur aut continetur, præsumitur interveniſſe, nisi similiter hac in parte fides instrumenti dubia reddatur. *l.pen.Cod.h. tit. d. §. si*

208 *scriptum. ubi Interpp.* † Quanquam non præsumatur pretium interveniſſe, si ejus quantitas in instrumẽto emptionis non exprimatur, cùm simulatus censeatur contractus *per l.imaginaria.de reg.jur. Bartol.ad. l. admonendi colu. 6.verſ. quæro. ff.de jurejuran. Jaſ.ad l.si duo patroni. §. Marcellus. eo.* modò lis sit inter ipsos contrahentes, nec secus de consuetudine obtineat, ut in hac nostrâ Germania. *Mynsing.obſ.74.cen.4.* Quòd si cum tertio controverſia sit, pro instrumento præsumitur, precium reverâ conveniſſe. *Andre.Tiraqu. d.*

209 *retraict.lignaig.ad fin.tit.num.88.* † Cæterùm quæ non pendent ex natura negotii, neque ex vi verborum; hæc non præsumuntur, nisi sint expreſſa aut verisimilia: cujusmodi est, tutorum autoritas, curatorum consensus, cognitio magistratus in alienationibus eccleſiasticis, & similibus: item si fœmina fidejubeat, & dicatur renunciaſſe SCto. Etsi quidem personarum illarum conditio hęc requirit; naturâ tamen contractus per se non cõtinentur, sed in alio ac tertio facto consistunt: Probanda igitur *l.quæcunq; 13.§. fin.ff.de Public.in rem act.Cujac.ad l.sciendum hoc tit.Zaſ.in intellect.lib.2.sing.reſponſ.cap. 28.* Imò si non verisimilia instrumentum contineat, falsum præsumitur. *Maſcard. d.volum.2.concluſ.913.*

DE

DE FORMA STIPULATIONIS.

CAPUT IIII.

ITA quidem formam stipulationis vulgò duplicem faciunt, unam, de qua *in l. 5. §. stipulatio autem. h. tit.* alteram, de qua *in l. in conventionalibus 52. h. tit. & in l. in bonafidei. l. petens. C. de pact.* quarum illa propriè est πλεώσις καὶ ὑσιώδης: hæc verò οὐσία, & τύπος sive σχεμένον: quæ cùm non unius sit generis ac naturæ, & sæpè abesse vel adesse, aut alterationem vel mutationem, quibusdam casibus, pati possit: tamen cùm πλεώσις ipsam constituat rei essentiam, & illud ipsum sit, per quod res id est, quod est: ut rectè Ramus *lib. 1. Dialect. cap. 7. ibid. Frider. Beurhus. Amand. Polan. de forma. Scalig. exercit. 10. 101. Curt. ad l. 2. num. 59. de jurisd. omn. judic.* τύπος verò adjunctorum propriè sit: hîc sanè nihil de hac οὐσία, sed de illâ formâ, quæ propriè forma est, disserere placuit.

SUMMÆ.

1. *Forma stipulationis est interrogationis & responsionis conceptio.*
2. *Nec fas est hunc ordinem invertere vel convertere.*
3. *Privatorum pactis rerum substantia non mutantur.*
4. *Etsi solennia verba hodie sunt sublata in testamentis & stipulationibus: ordo tamen aptè interrogandi & respondendi minimè.*
5. *Forma contractuum non sunt in privatorum arbitrio, sed ex jure dependent.*
6. *Cur jus voluit hanc interrogandi & respondendi conceptionem esse stipulationis formam.*

7 *Hanc conceptionem oportet esse continuam.*
8 *Forma per partes non constituitur.*
9 *Ergo nec stipulatio sit, nisi continuâ conceptione interrogationis & responsionis.*
10 *Cur non possit responsio sequi ex post facto, veluti in aliis contractibus consensus per ratihabitionem.*
11 *Amplificatio rationis, cur oporteat esse continuam.*
12 *Intervallum dividens actum conceptionis, vel arguens dissensum, vitiat stipulationem.*
13 *Hoc declaratur ex l.1.§. qui presens. & l. continuus. h.t.*
14 *Duo sunt, quæ continuam fieri conceptionem impediunt, longius intervallum, & peregrinum negotium.*
15 *Quid sit continuum, quid ex intervallo, ex eo discernitur, si uno eodemq; die quid perficiatur, nullo extraneo actu interveniente.*
16 *Castrensis etiam post biduum & triduum in continenti sequi putat, si nullus extraneus actus intercedat. Alii aliter.*
17 *Communis defenditur.*
18 *Vera expositio l. si ex duobus, de duobus reis & refutatio aliorum argumentorum.*
19 *Sententia vera l. si quis eum 16.§.1. vers. alia rursus hora. de vulga. & pupil. subst.*
20 *Expositio l. duos 6. de duobus reis.*
21 *Consideratio vera d.l. continuus. verb. aliud acceperit. hoc sit.*
22 *Quis actus possit extraneus videri, in facto consistit, & judicis arbitrio committitur.*
23 *An inter testandum planè nihil liceat contrahere?*
24 *Responsio erit conformis interrogationi.*
25 *Re & sententia consentientes interrogatio ac responsio, aptè facta intelligentur: aliàs secus.*
26 *Solennia quidem, & directa verba hodie cessant, non tamen apta & significantia.*
27 *An apta responsio per verba:* quid ni?
28 *Examinatur l. blanditus. C. d. fide jusso.*
29 *An valeat responsio ἀπεσιώπως facta? Bartol. & alii negant, etiamsi interrogatio ἀπεσιώπως subsisteret.*
30 *Alii affirmant.*
31 *Quia rescripta dubia ex precibus, responsio obscura in judi-*

cio

ciis ex præcedentibus artibus declarantur.

32 *Declaratio communis opinionis.*

33 *Non est par ratio constituti & stipulationis.*

34 *An impersonalis responsio obsit stipulationi nécne; ex mente & intellectu verborum æstimabitur potiùs, quàm ex eorum conceptione.*

35 *Ita demum conveniet responsio interrogationi, si idem continet quod interrogatio.*

36 *Cùm adjicitur vel detrahitur aliquid interrogationi, semper probandum est, vitiatam esse stipulationem.*

37 *Nisi sint inter se consentanea interrogatio & responsio, non potest videri responsum.*

38 *Sententia §. præterea. Inst. de inutil. stipul & n 47. n. 68.*

39 *Quæ sententia l. 1. §. cùm adjicitur. h. t. examinatur; ubi duæ quæstiones: & vulgò distinguunt inter tempus, speciem & quantitatem.*

40 *Adjectio & detractio fit in qualitate vel quantitate, aut corporibus.*

41 *Exempla qualitatis adjectæ & detractæ.*

42 *Quinta Kalendæ, centesima Kalendæ, proxima Kalendæ: ubi aliud exemplum.*

43 *Tempore plus minuiq; ut petitur & solvitur, ita etiam promittitur.*

44 *An exceptio regulæ annexa in versic. nisi stipulatori diversitas responsionis elicò placeat &c. aquè, uti regula, pertineat ad diei & conditionis adjectionem? quod quidam negant.*

45 *Forma vel in minimo vitiata, totam rei substantiam vitiat: ut actus ex integro faciendus sit.*

46 *Alii affirmant, exceptionem quoq; ad diei & conditionis adjectionem ac detractionem pertinere.*

47 *Considerabitur rursum § præterea. Inst. de inutil. stipulat.*

48 *An valeat promissio sub alia conditione facta, quàm qualem stipulator expressérat. Negant multi: Jason affirmat, cui subscribitur.*

49 *Et si in duorum reorum promittentium stipulatione non idē videtur Zasio: magis tamen est, ut & in iis idem jus retineamus.*

50 *Si ex ipsa re dies aut conditio ineſt, hic casus à regula non tam est exceptus, quàm ab hac regula alienus.*

51 *Aliam exceptionem refert Zasius, quæ nec ipsa exceptio ab hac regula est, cùm sub eam non cadat.*

52 *Cujac. refert regulam & exceptionem ad diei & conditionis detractionem, non ad adjectionem : sed rejicitur ejus sententia.*

53 *Tempus quidem ipsum est individuum, non autem ejus compendium, usus & utilitas, & quod in tempore fit.*

54 *Idem de conditione statuendum.*

55 *Exempla de quantitate adjecta vel detracta : & utrum valeat sine complacentia.*

56 *In disjunctis & distinctis obligationibus non adjicit una alteri, neq; detrahit aliquid.*

57 *Adjicitur & detrahitur stipulationi tantùm, quod ejus pars est : at sola conditio & dies, non etiam quantitas, promissa pars est stipulationis secundùm Donellum.*

58 *De quare præcessit interrogatio, de ea sola responderi & obligatio contrahi potest.*

59 *Consensus & quantitas differunt etiam quo ad consensus disjunctionem.*

60 *Partes discretæ, cujusmodi sunt in quantitatibus, non corrumpunt stipulationem : continuæ, quales insunt tempori, corrumpunt, nisi ilicò diversitas illa placeat, secundùm Donellum.*

61 *Corporum stipulatio secundùm quosdam valet sine complacentia diversitatis, si quædam respondendo adjiciantur, vel detrahantur.*

62 *Consideratur l. inter stipulantem 83. §. si stipulante me. h. t.*

63 *Consideratur l. si ita stipulatus 109. h. t.*

64 *Alii in quantitate idem, quod in temporis adjectione & detractione statuunt.*

65 *Qui majorem respondet summam, quàm interrogatus est, videtur non animo obligandi, sed commendandi promisisse.*

66 *Utrum stipulatio sit contractus lucrativus.*

67 *Summa non minus est pars stipulationis, quàm dies & conditio.*

68 *Examinatur vera sententia §. præterea. Institut. de inutilib. stipulat.*

69 *Locus Gaji tit. 9. lib. 2. §. item si purè. & quæ Gaji autoritas.*

70 *Conferre licet fragmenta* JCtorum *cum Pandectarum locis.*

71 *Consideratio l. si decem 52. loca.*

72 *Stipulatio nullibi inter lucrativas causas refertur.*

73 *Cur pupillus stipulando possit alium sibi obligare.*

74 *Consideratio l. Gracè 8. §. illud commune. de fidejussor.*

75 *Fidejussio est accessoria obligatio.*

76 *Regula de stipulatione generales pertinent quoq; ad fidejussorum promissiones.*

77 *Vera lectio l. Gracè. §. illud commune. de fidejussor. & quid illa verba* omnino non obligari.

78 *Interpretatio melior, quæ ab ipso autore proficiscitur.*

79 *Consideratio l. si ita stipulatus 120. h. t.*

80 *Refutatio exauditionis petitæ ex l. 108. §. qui quinq;. de legat. 1.*

81 *Quomodo hoc verum sit, tot esse stipulationes, quot res, & quot summa.*

82 *Quinque insunt decem indiscretè.*

83 *Diversitas responsionis arguit diversitatem mentis: & quatenus utile per inutile non vitiatur.*

84 *Quo sensu tempus dicitur continuum & indiscretum: totum verò numerale discretum.*

85 *L. si ex toto 8. de lega. 1. retorquetur.*

86 *Vera sententia l. inter stipulantem 83. §. si stipulante me. hoc tit.*

87 *In alternativis & dubiis interpretatio fit de eo, quod minus est.*

88 *Exempla plurium corporum adjectorum vel detractorum.*

89 *An ad corporum adjectionem vel detractionem Ulpiani regula pertineat?*

90 *Si aliud pro alio ac planè separatum respondetur, adeò vitiata est stipulatio, ut nec per complacentiam confirmetur.*

91 *Qui aliud, quàm interrogatus est, respondet, revera nihil respondet.*

92 *In arbitrio promissoris non erit obligatio.*

93 *Consideratio l. qua extrinsecus 65. §. 1. h. t.*

94 *Diversitatis approbatio non facit novam obligationem speciei, sed quæ est, interpretatur & declarat esse.*

95 *Quis sensus l. 1. §. cùm adjicitur. h. t. vers. tunc enim alia.*

96 *Oportet utrâq; ſtipulationis parte eſſe comprehenſum id, quod peti poterit ob complacentiam illuò ſecutam.*
97 *Aliud non poteſt videri in ſtipulationem veniſſe.*
98 *Bartoli dictum quomòdo accipiendum.*
99 *An pacta inſint, remiſſivé.*
100 *Complacentia poteſt quolibet modo intelligibili fieri.*
101 *Surrogatum ſapit naturam ejus, cui ſurrogatum eſt.*
102 *Placere poteſt unumquodq; qualibet conſenſus expreſſione.*
103 *Stipulatio nequit ex promiſſoris voluntate ſtatum capere.*
104 *In ſtipulatoris arbitrium conferri poteſt.*
105 *Baldus excuſat Accurſium diſtinguendo.*
106 *Hæc Baldi diſtinctio non admittitur.*
107 *Ratio hujus concluſionis.*
108. *Ex initio non ab eventu judicandum, an & quis contractus ſit celebratus.*

I. CONCLUSIO.

1 *Forma † ſtipulationis, per quam illud eſt, quod eſt, nihil aliud cenſeri poteſt, quàm ipſa interrogationis ac reſponſionis conceptio.*

d.l.1.in princ.& §.qui præſens.ubi Bart.num.13.Alciat.nu. 1.2.3.4.9.& alii Interpp.omnes.l.5.§.ſtipulatio autem. ubi idem.h.tit.l.1.§.verbis.l.3.in fin. l. obligamur 52. ff. de action. & obligat.Gomez.dict.cap.9.tom.2.variar.reſolut.num.3.& 4. Nam ex hac conceptione perfectionem ſuam conſequitur *§.præterea.Inſt.de inutil.ſtipulat.d.l.1.in prin. & §.1.§.2.§.fin.d.l.5.§.ſtipulatio.l.ſi ſtipulor 35.§.fin.h.t.d. l.1.§.verbis:* hac ipſa conceptione & conceptionis intentione ex conſenſu arbitrioq; contrahentiũ discernitur ab omni alio contractu, *d.l.ſi ſtipulor 35.§.fin. h.t.* & pactione his verbis: *ſpondes? ſpondeo:* facta, *ut in c. 1.concluſ.3.numer.67.& paſſim demonſtratum eſt.*

I. CON-

I. CONSECTARIUM. † *Itaq; hoc consequens est,* 2
non licere contrahentibus hunc interrogandi respondendique ordinem invertere, vel convertere. Quod si facerent, corrumperetur stipulatio: quia legitima materiæ forma, eaq; integra non esset impressa. *Jas. ad d. l. 1. per l. 1. C. h. t. Alciat. ad l. 1. §. 1. nu. 19. Zas. ibid. num. 13. 15. & Bart. & in d. l. 5. §. stipulatio. Duaren. vers. cùm enim stipulatio. d. l. si stipulor 35. in fin. h. t. Nicola. Mozz. de stipulat. colum. 1. nu. 14.* † Neque verò privatorum pactis rerum sub- 3
stantiæ mutari queunt. *l. neque ex prætorio 28. ff. de reg. jur.* †Nec obstat, quòd dicitur omnia solennia ver- 4
ba hodie in stipulationibus, ut & in testamentis, cessare. *§. 2. Instit. h. t. l. 1. §. fin. h. t. l. omnes 10. C. h. t.* Quod quemadmodum intelligendum sit, in cap. 1. ostendimus. Intelligitur quidem de verbis civilibus & directis: item quòd olim iisdem erat verbis respondendum, quibus quis interrogabatur: quæ omnia hodie sunt antiquata: non autem ad ordinem verborum, h. e. ad ordinem *interrogationis*, quam præcedere, & *responsionis*, quam sequi oportet, hæc correctio Leonina *in d. l. omnes.* extendi debet: alioquin neque inter pactum, neque inter ullum alium contractum, qui consensu fit, neq; inter antiquam dotis dictionem & stipulationem aliquid differentiæ supereesset, *per d. l. si stipulor 35. §. fin.* & frustrà nobis Justinianus inculcaret hunc partium conjungendarum, ut in eandem quasi οὐσίαν coëant & misceantur, ordinem: *d. §. 2. Instit. h. t. §. præterea. Instit. de inutil. stipul.* frustrà hunc ordinem indicasset *in l. pen. C. h. tit.* Nulla etiam esset ampliùs interrogationis & respõsionis congrua relatio; nulla promissionis ad interrogationem: nec posset argumentum Justiniani *in d. l. optimam. C. h. t.* & *JCti in l. 7. §. quod fere. de pact.* item

Impp. *in L. 1. C. h. t.* procedere, quando ex eo, quod in instrumento scriptum est, *spopondit, promisit, &c.* si constet, negotium inter præsentes, vel non planè absentes actum esse, præsumi colligunt stipulationem; donec doceatur contrarium. Imò contrarium nullum doceri posset, si nullus interrogationis ac responsionis ordo esset: & quælibet sponsio, quælibet promissio foret stipulatio: vel certè nulla ampliùs in rerum natura posset contingere stipulatio. Sic nec illud huc faciet, si quis dixerit: imò diversitas interrogationis & responsionis nõ vitiat stipulationem, si ilicò placeat, *l. 1. §. cùm adjicitur. h. t.* Ergo si ita contrahentibus ilicò placeat, ut converso ordine, vel eo interverso nihilominus sit stipulatio, placitum illud pro stipulatione erit censendum. Negatur consequens: Etenim non de ordinis, sed de rerum, quæ interrogatione & responsione comprehenduntur, diversitate JCtus disserit: ut paulò pòst pluribus.

5 † Deinde formæ contractuum per quas illud sunt, quod singuli sunt, non relinquuntur arbitrio contrahentium, sed ex jure aut gentium aut civili promanant. *l. ex hoc 5. cum ibi notat. ff. de just. & jur. l. 6. l. 7. ff. de pact.* alioquin nihil in universum certi haberemus; & contractus non essent contractus: ut suprà

6 cap. 1. quoq; admonuimus. † At dixeris, cur jus voluit hunc ordinem interrogandi respondendiq; esse de substantiâ & formâ stipulationis? Vulgò quidem respondent, ut de animo ac voluntate deliberata contrahentium cõstaret, nec facilitate quadam inducti, inconsultò promisisse viderentur. Sed hæc ratio levis est, nec probat id, ad quod probandũ adhibetur. Nam si illud verum esset; posset dici eandem urgere, ut nec emptio-vẽditio, nec locatio-cõductio,

ductio, nec mandatum, &c. aliter fiat, quàm hoc ordine interrogandi respondendique: cùm animum omnino deliberatum habere oporteat. Rursum & in eo qui interroganti respondet, vel contrà, aut utrinque potest levitas versari inconsulta. Respondeo igitur, multiplex ejus rei ratio esse potuit: in primis verò cùm contractus verborum, & quidem speciali formâ à dotis dictione & jurejurando distinctus esse debuit; oportuit eam ita concipere, ut neque ex unius aut promissoris aut cui promittitur, verbis, promanaret, vel substantiam caperet, *l. à Titio 108. §. fin. h. tit.* neque verborum conceptâ delatione, ut fit in jurejurando, constitueretur. Quoniam autem nulla alia forma supererat, qua uterque loquens alter alterum sibi obstrictum faceret, præter promissionem, quæ subsequeretur interrogationem: alioquin enim non contractus, sed pactum fuisset. Itaque hæc conceptio interrogationis ac responsionis necessariò electa est, ut esset stipulationis forma eamque constitueret. Deinde oportuit hunc contractum aliqua insigni nota distinctũ esse ab omni alio dicto promissóve. Cùm itaque nulla commodior existeret differentiæ ratio, quàm hæc ipsa conceptio & conceptus ordo: inde factum est, ut legis vigore in substantiam peculiaris hujus contractus transierit. Item debebat esse firmissimus obstringẽdi quemque contractus: Quomodo autem promittendo quis firmius potuit per verba obligari linguâ nuncupatâ, quàm si ad interrogata respondeat? Itẽ, hic contractus debebat interrogãdo fieri: unde etiam *stipulari* pro *interrogare*, tam veteres, quàm recentes Latinæ linguæ parentes, tam rerum aliarum scriptores, quàm J Cti usurparunt. Nemo autem pro-

pter alterius interrogationem, vel per naturam, obligatus esse potest: cùm factum cuiq; suum, non alii nocere debeat. *l. factum cuiq; 155. ff. de reg. jur.* Necessarium igitur erat, ut præcedentem interrogationem subsequeretur congrua & apta responsio: atq; ita utriusq; conceptione copulata cõficeretur obligatio ex stipulatione.

II. CONCLUSIO.

7 *OPortet † autem hanc interrogationis responsionisq; conceptionem esse continuam.*

l. 1. §. qui præsens. ubi Alci. post Jas. Alex. & alios. l. 5. §. stipulatio. l. continuus 137. ubi idem Jas. Alciat. Zas. h. t. d. l. 1. §. verbis. l. obligamur 52. ff. de actionib. & obligat. Continuus, inquit, *Venulejus, actus stipulantis ac promittentis esse debet. d. l. continuus 137.* Itaque si longius intervallum inter utramque intercedat, quo actus ille dividatur: non
8 unus stipulationis, sed multiplex actus erit. † Forma autem per partes constitui nequit: quia divisionem actu ignorat, *Alciat. ad l. 1. §. qui præsens. num. 8. & 9. & in Avenion. prælect. num. 9. h. titu. post Socin. & Jason. ibid.* Quod & in rebus physicis verum noscitur, autore Jul. Scalig. *ad Cardan. exerci. 101. per tot.* Sic & aliorum contractuum formæ non per partes constituuntur, sed unico quasi momento perfici oportet: tum scil. quando in idem placitum negotium habẽs utriusq; partis consensus unà jungitur & conjungitur, ut quasi unum inde corpus existat: & hactenus alterius voluntas, donec alter consentiat, in mera est facultatis dispositione, & effectum juris non producit. *Alcia. ad d. l. 1. §. qui præsens. nu. 9. h. t. per c. licet. de procura. in 6. l. fin. ff. de legatio. glos. ad §. ex conditionali. Instit. h. tit.* In quam sententiam facit *l. sicut. Cod. de oblig. & action. l. in*

com-

commodato. §. sicut. ff. commoda. † Itaque cùm stipulatio 9
constet interrogationis ac responsionis conceptione: nec possit videri hæc conceptio perfecta, nisi ilicò interrogationem subsequatur responsio; necessarium fuit, eam esse continuam, h.e. sicut in cæteris contractibus consensus ipse jungitur & conjungitur in idem placitum simul; ita & in stipulatione. † Nec obstat, quòd in cæteris contractibus consen- 10
sus alterius in idem placitum possit ex postfacto cõcurrere, *l. si cùm fundum. ff. de pact. Bartol. ad leg. licitatio. in princ. de publican. & vectig. fac. l. eum qui. ff. de probat. l. sancimus. C. de testam.* unde etiam inter absentes, & per epistolas & nuncios fiunt. *l. 2. ff. de pact. tit. Inst. de oblig. quæ ex consens.* Nam ut una conceptione cõtinua jungantur seque contingant, illorum forma non requirit: stipulationis requirit: Imò, ut in continenti respondeatur interrogationi, de hujus cõtractus est formâ: Non enim solius consensus conjunctio, ut in cæteris contractibus, qui consensu fiunt, sufficit, sed & verborum: ut nec in contractibus, qui re fiũt, solus consensus in idem junctus sufficit, sed simul res dari oportet. Itaque etsi consensus interrogantis possit ex intervallo videri durare; ut ita cum subsequente promissoris uniatur: verba tamen interrogantis cum verbis respondentis non junguntur ex post-facto: utpote quæ dudum evanuissent, nec videri possent recenti aurium memoria vel pulsu durare: quæ ideo Homerus teste Alciato *dict. leg. 1. §. 1. num. 10.* ἔπεα πτερόεντα appellat. † At dixeris, cur in 11
stipulatione lex requisivit pro formâ continuam interrogationis & responsionis conceptionem? Respondent plerique, non omnium rationem reddi posse: nec solicitum quẽ fas esse de ratione juris cõ-

ſtituti: imò ſycophantas fieri, qui nimium acutè leges reſpiciunt earumque rationes inquirunt. Sed caveant, ne ipſi tales hoc ipſo exiſtant, quales eos pronũciant, quibus propoſitum eſt ſcire, & quidem per cauſas ſcire. Vulgò ſecundùm *Johan. Fabr. ad §. præterea. Inſtit. de inutil. ſtipulat. reſpondent*, legem facere voluiſſe, ut actus eſſet ſolennior, qui reperiretur in actibus hominum, ut & Bald. *ad l. 1. h. tit.* voluit. Deinde quia ſi in continenti non reſponderetur, poſſet dici, inductam oblivionem vel per diceſſum, vel per digreſſum ad extraneos actus. *Bart. in l. Titia. §. 1. h. tit. Alcia. ad d. l. 1. §. qui præſens. num. 10. in lect. Avenio. h. tit.* Sed tum recurrit illud, quod modò dictum eſt, & ab eodem Alciato approbatum, cæteros etiam contractus in continenti, h. e. uno actu perfici oportere. Quod dubium Alcia. non removet: quanquam dici poſſit, imò in continenti tum, quando poſteriore loco, licet per intervallum, conſentientis aſſenſus jungitur cum precedente, nec dum mutato conſenſu prioris: quia hic poſterior aſſenſus illo caſu ſolus efficax eſt, ut perficiat etiam inter abſentes negotium, cujus perfectio tantùm in conſenſu eſt. At hîc aliquid amplius ad ſtipulationis perfectionem requiritur, nempe, præter conſenſum concurrentem, durantia verba: ut ita meritò aliud in ſtipulatione, aliud in cæteris obtinuerit. Sed adhuc multi alii actus longè ſolenniores, veluti factio teſtamenti, poſtulatio pro tribunali, occurrunt, quàm hæc conceptio. Quin & actus legitimi, ſolennes ſunt, & continuo actu fieri oportet. Non igitur ſpecialis ac propria hæc ratio eſt, cur lex in ſtipulatione requiſivit etiam continuum conceptionis actum. Hanc oportet ex ipſa ſtipulationis natura reſultare. Verùm optimè

ptimè ex suprà dictis & cap. 1. quæ vera sit ratio colligitur. Equidem stipulationis forma est procul dubio, ut sæpe diximus, in conceptione interrogationis & responsionis. Si autem hodie liceret interrogare, cras vel post multum temporis respondere, nō una foret verborum, sed multiplex conceptio; alia interrogationis, alia responsionis. Itaq; stipulationis essentia necessariò efflagitat, ut simul eodem actu, eademque conceptione, cum interrogatione precedente jungatur responsio.

I. DECLARATIO. † *Itaque hæc conclusio ita intelligitur, si tale interveniat intervallum, quod aut actum conceptionis dividat, aut dissensum arguat. per d.l.1. §. qui præsens. d.l. continuus 137. cum ibi not. ab Alcia. Zas. & aliis h.tit. & ut Ulpian. in d.l.1. §. qui præsens, ait.* † *Qui præsens interrogavit, si antequam sibi responderetur, discesſit* (& ita manifestum fecit, se ab ea interrogatione recedere, & nolle sibi responderi, ut Alciato visum est, *argum. l. penult. in fin. C. de his quib. ut indig.* & quod Brutus, cùm P. Cæcum audire nollet, aversa sella eum destituit, *l.1. §. refert. ff. de postul.* vel certè si hoc nolit, absenti tamen respondeatur, ut communis vult schola, quam Donell. sequitur:) *inutilem efficit stipulationem: sin verò præsens interrogaverit, & mox discesſit* (non animo à stipulatione averso; vel ut planè emaneret, sed ut) *reverso* (mox) *responsum* (detur) *obligat* (secuta hac responsione) *Intervallum enim medium* (quo actus conceptionis illius divisus non est) *non vitiavit stipulationem.* Et ut Venulejus *in d.l. continuus 137. h.tit. Continuus*, inquit lib.1. stipula. *actus stipulantis & promittentis esse debet: ut tamen aliquod momentum naturæ intervenire possit: & cominus* (h.e. confestim & in continenti) *responderi stipulanti oportet: Cæterùm si post interrogationem aliud acceperit* (nego- 12 13

tium vel factum, quo aut manifestò declaret se ab hoc negotiorum genere recedere, aut actum hunc conceptionemq; dividat) *nihil proderit, quamvis eodem die responderit.* Et Julianus de duobus reis per stipulationem constituendis disserens: *Duo*, inquit, *rei sine dubio ita constitui possunt, ut & temporis ratio habeatur: intra quod uterque respondeat: modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modò contrarius obligationi non sit* (& ita non arguat à negotio perficiendo aut destitisse alterutrum, aut actum stipulationis in plures esse divisum) *nihil impedit, quò minus duo rei sunt. Fidejussor quoque* (exemplo hoc declarat, quomodo neque modico intervallo, neque actu aliquo intermedio, aut à negotio discedatur, aut conceptio illa in plures actus dividatur) *interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit* (pro iis vel alterutro eorum fidejubens) *potest videri non impedire obligationem reorum: quia nec longum spatium interponitur* (quod dividat conceptionem illam stipulationis, qua duo rei accipiebantur) *nec is actus, qui contrarius sit obligationi:* atq; ita aut dividat actum vel dissensum arguat. *l. duos 6. §. fin. de duob. reis.* & rursum idem Venulejus *lib. 2. stipulation. Si ex duobus* (scil. reis) *qui promissuri sunt, hodie alter, alter* (sic rectius, quàm ut vulgò *alter ab altero*) *postera die responderit: prolutus* (q.d. in hanc sententiam profusus, & lotis rationibus proclivis: nam & *proluere*, idem quod est profundere, & impetu quodam alluere significat: quanquam alii legant *prolocutus*, scilic. ego Venulejus: alii *prolatus*, i. e. dilatus scilic. alter ille: alii *probatur*, à me videlicet Venulejo) *non esse duos reos: ac ne obligatum quidem intelligi eum, qui postera die responderat: cùm* (argumento hoc à simili præcedentia à se rectè dici probat. q.d. nam etiamsi) *actor*

ad

ad alia negotia (statim interrogatione factâ) *discesserit, vel promissor, licet peractis illis rebus* (eadem die) *responderit.* † Duo igitur sunt, quæ continuam verborum 14
conceptionem impediunt, longum intervallum, & peregrinum seu aliud negotium, quod nihil commune habet, neque cohæret cum hoc actu, neq; ulla necessitate urgetur: quia utrumq; actum dividit. Et in eo facilè conveniunt omnes. † Utrum autem 15
longum illud tempus sit, utrum actus extraneus, inter interpp. controvertitur. Communis est opinio, id quod eodem die fit, in continenti fieri videri: & modicum esse intervallum; puta si manè interrogẽ, tu serò eodem die respõdeas: dummodò neuter nostrûm ad aliud negotium divertat. *Bart. Jas. in d.l.1.§.1. h.t.* Moventur his rationibus: Primò per tex. *in d.l. cõtinuus. h.t.* argumento à contrario sensu: in ¶b. *quamvis eadem die spopondisset:* Ubi Venulejus ideò negat valere stipulationem, tametsi eadem die responsum esset: quia trãsiissent ad alia negotia: Ergò si aliud negotium alter eorum non accepisset, valuisset. Secundò *per d.l. si ex duobus. ff. de duob. reis.* quem tex. in ¶f. *ac ne obligatum,* & ¶f. *cùm actor.* ita interpretantur, ac si Venulejus dixisset: si postera die respõderit interrogatus, tum demum stipulatio contracta non erit, si aut actor, aut promissor ad aliam rẽ decesserit, & eâ peractâ responderit, ex quo similiter argumẽto per contrarium sensum colligunt: quod si neuter ad aliud negotium diverterit & eadem die responsio data sit, censeri in continenti secutam. Tertiò *per l. in operis. & ejus gloss. ff. loca.* ubi *simul factum* dicitur, quod eadem die fit. Quartò *per l. ἐὰν δύο 6. ff. de excusa. tuto.* ubi Bal. per illum tex. colligit, duos actus eadem die factos simul factos videri, & unum altero non esse

16 priorem vel posteriorem. † Rursum Castrens. contendit, imò etiamsi secunda, tertia, vel quarta die, vel longo pòst intervallo respondeatur, modò nullus extraneus actus interceſſerit, valere stipulationem. *argum.d.l.si ex duobus.* ubi innuitur, quòd postera die facta, responsio subsistat inter eos, qui ad aliud negotium non receſſerunt: eumque textum non modò nõ confirmare communem opinionem, sed etiam infirmare. Et quamvis ex longo intervallo præsumatur actus extraneus, *l. quod ait lex. in fin. ff. ad L. Jul. de adult.* hanc tamen elidi præsumtionem contrarii probatione. In eandem sententiam inclinat Bernhar. Walther. *lib.2. Miscell. cap.21.* tum quòd responsio ex intervallo facta, quo prolixior, eo magis deliberata & efficax ad adstringendum *per l. si mulier. Cod.ad SC. Vellejan.* tum quòd *in d.l.continuus.* momentum naturæ non ad tempus continuum, sed ad actũ naturæ referri debeat: tum denique quòd *in d.l.1. §.1. h.tit.* non dicatur *intervallum modicum*, sed *medium*: Ergo nullum intervallum medium nocere stipulationi. Sed hæc Castrens. sententia communi suffragio est reprobata. De illa altera non parum dubitat Alciat. *d.l.1. §.1.num.17. & seqq. & in Aven.num.15. & seqq. & libr.1. paradox.cap.3. per l. si quis eum 16. §.1. vers. alia rursus hora. ff. de vulgar. & pupill. substit.* ubi docetur, si pater sibi priùs faciat testamentum, deinde alia hora ejusdem diei faciat pupillares tabulas, non censeri has tabulas in continenti, eodemque actu continuò factas. Secundò *per l.quotiens 29. ff. solut.matrimon.* ubi ex intervallo illud factum dicitur, quod ex interpositio tempore factum est: Si te autem manè interrogem, tu vesperi respondeas, tempus sanè interponitur, licet nihil acti alterius rei intercedat. Tertiò *per d.l.du-*

os 6.

os 6. in fin. ff. de duob. reis. Ubi JCtus removet dubium de fidejussore inter duorum reorum responsiones accepto: de quo pronunciat JCtus, modicum hoc intervallum nõ nocere. Inepta autem esset JCti dubitationis remotio, si certum existimasset, nec *diem*, longum spatium esse. Quartò *per d.l. continuus. verb. aliud acceperit*: quæ verba sic exaudit, *aliud acceperit*; momentum scilicet temporis. Ergo si non eodem temporis momento respondeatur, quo interrogatus quis est, inutiliter promittetur.† Cęterùm in hac 17
sententiarum varietate facilè communi subscribo, modò neuter ab altero discesserit; aut si discesserit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut expediat ac perficiat negotium, *per d.l.1. §.1. d.l. continuus. h.t. d.l. duos 6. d.l. si ex duobus.* juxta interpretationem suprà propositam. Pro qua illud etiam facit, quod Justin. *in l. pen. C. h.tit. & §. item verborum. Instit. de inutil. stipulat.* ex eodem hoc fundamento constituit: si in instrumẽto aliquo scriptum sit, spopõdisse, censeri omnia solenniter & in cõtinenti facta, nisi doceatur, ea die eo loco alterutrum non adfuisse: quippe, quòd tum in continenti vel respondisse vel interrogasse videri non possint. Nec quicquã obstant, quæ vel à Castrẽsi, vel Alciato obtruduntur.† Nam ut *ad d.l. si ex duo-* 18
bus. respondeam, nego hanc Venuleji sententiam esse, quã Castrensis putat: alioquin ipsemet sibi in eodem de stipulatione tractatu contradiceret, nempe *in d.l. continuus 137. h.t.* Dixi autem in *ver. cùm actor.* nõ proponi partem decisionis, sed rationem decisionis in *ꝟ. ac ne obligatũ.* præmissæ. ac si dixisset: hoc modo non solùm nõ fieri duos reos debendi, sed nec altera die respõdentẽ ex stipulatione ista obligari: cùm ne quidem tum obligatus fuisset, si, cùm actor aut pro-

missor ad aliud negotiũ se contulisset, eoq; peracto, eadem licet die, respondisset: nedum si die postera. Quis enim non intelligit, cõceptionem hanc interrogationis ac responsionis in plures actus dividi, si hodie liceat interrogare, cras verò vel post biduum respõdere? licet utriq; interim dormitemus, vel cogitabundi coràm mutuò nos intueremur? Itaq; inepta est illa etiam præsumptionis elidendæ consideratio, quam *ad d.l. quod ait lex.* adducit: cùm conclusionis ac declarationis nostræ ratio & veritas nõ proficiscatur à volũtatis duratione, vel ejus quod agitur oblivione, ut vulgò faciũt, sed ab ipsa essentiali forma ejusq; natura, ut suprà diximus. Nihil etiam negotii facessit, quod Bern. Walther. in medium producit. nam etsi verum sit, *argu. d.l. si mulier 22. C. ad SC. Velleja.* actus post longum intervallum & biennium geminatos sive iteratos, arguere deliberatũ animũ, ut actus valeant, alioquin infirmi futuri: hoc tamen verum est, quando sola inconsulta levitas ac festinatio esset nocitura; ut in illa *d.l. si mulier 22.* facti specie: secus ubi consensus per se est sufficiens. Deinde negavimus, eam esse veram rationem, cur in continẽti respondere interroganti oporteat: quia sit animus magis deliberatus, ut ita efficaciùs obligetur, promissor, licet id vulgò putetur: sed rationẽ ab ipsa stipulatione, à responsionis ad interrogationem relatione sumimus: quæ cùm hoc modo non infirmetur, communẽ, alioquin per se veram, tuebitur. Deinde dato, *momentum naturæ in d.l. continuus.* ad actum naturæ referri: vox tamen *cominus*, non momentum actus ac loci, sed & temporis ibidem exprimit, & omnino probat, oportere confestim, continuò, statim & in continenti respõderi; sic enim *cominus* accipi-

cipitur *in l.3.C.de fruct.& liti.expens.l.si imperialis.Cod.de nupt.l.3. de pign.action.* sic *in d.l. continuus.* accipi, arguit vox *continuus*, vox *postea.* Quod si verum est, duo *in d.l.continuus.* requiruntur: & ut in continenti sequatur responsio, & ut actus extraneus non intercedat. Sic intervallum medium *in d.l.1.§.1.h.tit.* non significare *quodlibet*, sed solummodo *modicum*, antecedentia & consequentia, nec non particula *mox*, arguunt, quæ teste Donello in præced. vers. posteriore parte necessariò intelligitur repetita. † Sic nec primum 19 Alciati argumentum quicquam negotii facessit. Nam cùm *in d.l.si quis eum 16.§.1.de vulg.& pupill.* Pompon. respondeat: *si suo testamento perfecto, alia rursus hora pater filio testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus: nihilominus valebit* &c. satis illa verba *perfecto.* verb. *rursus.* verb. *adhibitis legitimis testibus.* arguunt, hunc patrem ipsummet divisisse actus testandi & substituendi: quia primùm perfecit suum testamentum: dimisit testes: rursum eosdem vel alios convocavit. Sanè jam dici nequit, in continenti factas hasce pupillares tabulas: cùm à negotio testandi discesserit, dimissis testibus. Quod si eos nō dimisisset, sed cōgregatos retinuisset, ut coram iisdem faceret pupillare testamentum, continuus actus eodē die factus videri posset; tametsi plures horæ intercessissent. Et hoc etiam in effectu Socin. respōdisse arbitror, licet verba paulò aliter collocata. Quod si illud respondit Alciat. responsum ejus non refutavit: imò ne sic refutavit: quia ex mente tantùm Bartoli respōdit, eandem esse significationem *in continenti*, in ultimis vōluntatibus, quæ in stipulationibus. Nā hoc concesso, sicut non potest videri in continenti promissum, quod alio negotio intercedente, vel cùm à negotio

tractando discessum est, eadem licet die promitti-
tur: sic nec substitutio illa, quæ postea novo actu sus-
cipitur eodem die, postquam dimissis testibus à ne-
gotio testandi superiore hora erit discessum. Quod
ad alterum attinet, major propositio est indefinita, &
nihil temporis exprimit: imò non agit de eo, quod
eadem die fit, sed quod negotio dotis & nuptiarum
absoluto ex postfacto. Minor etsi per se vera est, ta-
men nō rectè subsumitur: maximè cùm major sit ex
hypothesi interpretanda & accipienda de longo tē-
pore, quod tale est, ut non possit videri actum divi-
dere: Minor autē est generalis, & sine tali hypothesi:
aut si ad hypothesin eandem trahenda, non tam ob-
20 stabit, quàm communem confirmabit. † Tertium
ideò non obstat, quia JCtus non ut dubium propo-
nit & decidit, quod de fidejussore inserit: sed exēplo
illo utitur ad declarandum id quod proposuerat: ut
suprà dixi. Neque verò necesse est singula JCtorum
verba esse de re maximè dubia, cùm ut plurima pro-
ponant certa, ut per ea aut dubia decidant, aut de-
21 cisa declarent. † Quartum falsa nititur interpreta-
tione: Nō enim sic, ut Alciatus vult, sed ut suprà di-
cebamus, exaudiri debent hæc verba: *Caterum si post
interrogationem aliud acceperit*, scilicet negotium. Si in-
terpreteris de momento temporis, ineptissima foret
sententia nec cum antecedentibus cohæreret: quip-
pe quod paulo antè Venulejus dixisset, *aliquod mo-
mentum naturæ* (quod sanè temporis est) *intervenire pos-
se*. Estque satis dura responsio Alci. *ad d. l. continuus in
verb. nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset:* quia di-
es ibi ponatur pro singulis sui partibus, & temporis
dimensione simpliciter: sicuti genus prò suis specie-
bus. *leg. si quis cum totum. ff. de except. rei jud. l. si unus.*

§. item

§. item pact. ff. de pact. Bald. in Rub. ext. de constit. colu. 3. glos. in c. generali. §. illos. de elect. 6. ubi interpretantur illam dictionem *pro tempore*, id est, pro qualibet parte temporis. Etsi enim sic rectè istis locis interpretantur, non tamen consequens est, eodem modo hæc verba *eadem die in d. l. continuus. h. tit.* interpretari oportere: cùm res subjecta aliud suadeat. Quod ad *dict. leg. si ex duobus* Alciatus respondet; Castrensis quidem opinionem evertit; non communem: deinde facilè largior, non satis aptè Dd. *d. l. si ex duobus.* inducere: cui rei varietas lectionum causam præbuit: cùm vulgò legatur initio, *alter ab altero*: nec attendant, vers. *cum actor*, rationis loco poni per comparationem; nec esse partem decisionis. Quâ admissâ consideratione, utiq; pro communi stabit, nec discussa erit per considerationem Alciati. Quod autem hîc obiter addit: *sibi videri posse talem inutilem stipulationem, tanquam utile pactum defendi, si placuit, inter contrahentes, ut de quo hodie quis interrogatus esset, cras responderet, modò non hoc animo convenisset, ut vi stipulationis subsisteret*: hîc non examinamus utpote quod ex illis liquidum est, quæ *cap. III. num. 197. usque ad num. 203.* annotata sunt. Duo posteriora argumenta non multum facere largior: nec operæ precium est, de iis prolixè rixari. † Quis 22
actus possit extraneus videri, in facto magis, quàm jure consistit: ideoque arbitrio judicantis permittitur, *l. i. §. 1. ff. ad SC. Turpillia. Jacob. Menoch. de arbitrar. judic. quæstion. in præfat. & passim.* Exemplum tamen de fidejussore propositum *in d. l. duos 6. §. fin. ff. de duob. reis* arguit, illud demùm censeri peregrinum, quod cum præsenti stipulationis actu nihil commune habet, eique nec adhæret, nec naturæ ac necessitati ejus inservit: sed ita suscipitur ab alterutro eorum,

vel utroque, ut appareat, hoc animo factum, ut à stipulãdi negotio discederetur. Idem probatur exemplo intervalli, cum quo actus extraneus passim conjungitur: & rursum exemplo testamenti, quod uno eodemq; contextu fiet: attamen si in eo contractus ad testamenti causam pertinens celebretur, non impediet nec dividet actum testandi, *glos. ad l. heredes palàm. in fin. ibi Bald. & Castr. qui testam. fac. Alcia. d. l. 1. §. 1.*

23 *nu. 17. h. t.* † non obstante *l. verba contraxerunt. ff. de verb. sig.* unde quidam conantur efficere, inter testandum non licere quicquam contrahere, ne quidem illud negotiũ, quod cohæreret cum testamenti causa. Sed malè: Non enim hæc mens illius est responsi, ad restitutiones in integrum pertinẽtis, ac docentis, verba edicti, *contraxerunt*, *gesserunt*, ad testamenta non spectare, ut capite minutos adversus testamenta irrita vel rupta restituat prætor, quemadmodum in ejus interpretatione videre est.

III. CONCLUSIO.

24 UT † *promissio sit conformis interrogationi, rectéq; congruat, aquè necesse est.*

† *l. 1. §. 1. §. 2. §. 3. §. fin. vers. dummodo congruenter respondeatur. ubi Dd. leg. inter stipulantem 83. §. si stipulante me. leg. si ita stipulatus 109. h. titul. §. præterea. Institut. de inutil. stipulat. Anton. Gomez. d. tom. 2. variar. resol. cap. 9. num. 4. Nicola. Moz. de stipula. col. 1. num. 14.* Nisi enim interrogatio responsioni insit & congruat, ac vice versa, aut manifestus apparet dissensus, aut vitiatur ac corrũpitur forma stipulationis: cùm non sit eadem, sed diversa verborum cõcceptio. Imò, nisi apta sit responsio & consentanea interrogationi, ac vice versa, non

potest

potest responsio videri. Ut enim quis congruenter ad interrogata respondisse intelligatur; duo spectãda sunt; res & sententia.† Nam qui & re & sententia 25
idem respondet, is tandem cõvenienter & congruè respondisse censetur: *per d.l.1.§. si quis ita. §. seq. §. fin. vers. dummodo. l. que extrinsecus. hoc tit. dict. leg. 1. leg. omnes. Cod. h. titul. §. preterea. Institut. de inutil. stipulat.* non qui alterutro tantùm. Nisi in hoc utroque conveniant interrogatio & responsio, non potest idem videri in interrogatione, quod est in responsione: & vice versa. Nisi his duobus sint conformes, neque consensum habent, neque unâ eademque conceptione 26
eâque continuâ, sed divisâ, constabunt.† Etsi itaque hodie solennia verba eaque civilia & directa cessant, maximè post constitutionem D. Leonis, *d. l. omnes. Cod. hoc tit. §. 2. Institut. h. tit.* qua hoc obtinuit, ut non solùm Latina & Græca, *l. blanditus 12. C. de fidejus. leg. 1. in fin. hoc tit.* item qualibet etiam alia lingua nunc fiat, sed & ut æquipollentibus verbis concipiatur; cùm olim certa ac solennia tantùm verba in usu essent: veluti, *spondes? spondeo: promittis? promitto: Fidepromittis? Fidepromitto: Fidejubes? Fidejubeo: Dabis? dabo: Facies? faciam:* quibus totidem promissor respondere eodem ordine tenebatur, quot & quo ordine interrogatus, nisi vellet corrumpi obligationem: tamen adhuc capta, significantia, sententiâ utrinque conformia verba, quæ in eundem intellectum concurrant, desiderantur. *dict. leg. 1. §. fin. dict. leg. omnes. Cod. h. tit. d. §. 2. d. leg. blanditus.* Quod si secus esset, totam corrupisset Leo Imp. stipulationis formam, atque adeò ipsam stipulationem totam ad internecionem redegisset, sublatis, quibus constat, partibus. Sed abrogatum minimè voluit hunc perutilem &

sæpe necessarium contractum: corruptum & deletum noluit: ut *ex d.l.omnes.& d.§.2.* liquet. Scrupulositate igitur illa veteri circa verborum conceptionẽ solennem tantùm sublata *per d. l. omnes.* verba inspi-
27 ciamus an sententiâ conveniant,& cõgrua sint. † Unde quæsitum, sítne apta hęc responsio interroganti; *dabis hunc librum? facta? quidni?* Etenim non videbatur respondisse, qui sic interrogabat, *quidni?* Verùm cùm non in verbis & conceptione, sed in sententia sit conformitas spectanda, obtinuit, talem stipulationem jure firmam esse. *leg.1. §. si quis ita. h.tit.* Est enim dictio concedentis, ac si dicas, *non recuso,* autore Alcia. *ibid. num. 6.& 7.* & significat, nullam esse cau-
28 sam, cur nolit. † Simile est quod *in d. l. blanditus. Cod. de fidejuss.* proponitur, sive legatur τὶ μὴ, ut vulgò: sive ut Taurell. & Contius ex Floren. ὅτι ἂν θέλεις ποιήσω: sive ut Alcia. *lib. 1. parerg. cap.3.* legit λέγω: *ex leg. Græcè. de fidejussor.* sive ut Cujac. *obs. 40. libr. 14.* ex Basilicis: ὅτι ἐγγυῶμαι τοῦτο. Nam omnia illa apta sunt & consentanea ad significandum stipulatori, se
29 fidejubere. † Unde quid statuendum sit de illa quæstione facilè patet: si promissor ἀναφορικῶς respondeat vel stipulator interroget: veluti, *dabis? dabitur. spondes? spondetur. promittis centum? promittuntur:* & vice versa: *satisfiet? satisfaciam: dabitur? dabo: promittuntur? promitto:* an nihil actum sit? Hoc sanè Bartolo *in leg. stipulatio ista 38. §. si quis ita. num. 1.* cui communis schola subscribit teste Jasone *num. 4. ibid. h. tit.* & rursum eidem Bartol. *ad authent. si quando. Cod. de constit. pecun. Dd. ad l. fin. ff. de reb. cred. si cert. peta.* vero propius visum est, quoties impersonalitas est ex parte promissoris: non autem si ex parte stipulatoris sit. Moventur per text. *in auth. si quando. Cod. de constitu. pecun.* vers.

fin

sin autem dixerit: satisfiet: verbo impersonaliter prolato: non tenebitur: quod descriptum est *ex Novell. 115. ut cùm de appellat. c. cap. 6.* Si quis autem dixerit: *fiet tibi satis*: eum tali verbo, ut impersonaliter dicto, tanquam si nihil promiserit, ita ab omni exactione liberum servari. Deinde dispar ratio est inter stipulatorem & promissorem: nam eo ipso, quo promissor ad impersonalem interrogationem se obstringendo respondet, eam ad personalem redigit & declarat se rogatum esse: si verò promissor impersonaliter respondeat, hæc declaratio non subsequitur. Tertiò, lex in stipulatore præsupponit, quod sibi acquirere, non alii velit: *l. si defunctus. C. arbitr. tutel.* Sed hæc præsumptio cessat in promissore. *l. cùm de indebito. §. fin. ff. de probat.* Cùm proniores simus in liberationem, quàm obligationem. *l. Arrianus. ff. de actio. & oblig.* Quartò illi nocet obscura stipulatio, qui eam apertiorem facere potuisset. *l. veteribus. ff. de pact. l. quicquid. 99. h. t.* Stipulator autem potuisset efficere, ut promissor hanc impersonalitatem declarasset, & personam, de qua sentiret, expressisset: stipulatori igitur nocebit. Quintò Jason tandem communi subscribens *d. n. 4.* hac utitur ratiocinatione: Quoties diversitas est interrogationis & responsionis, semper probandum est, vitiatam censeri stipulationem, *leg. 1. §. si simpliciter. h. tit.* At quando personaliter interroganti ἀπροσώπως quis respondet, puta, *fiet: dabitur: promittitur*: manifesta responsionis & interrogationis apparet diversitas. Vitiata igitur erit. Hanc rationem Jason fortissimam credit. † Contrà ex veteribus Raph. 30
Cuman. ex neotericis Alciat. *lib. 2. paradox. cap. 18. & ad l. 1. §. si quis ita a. num. 4. & 5. in Avenion. h. t.* Duaren. Cujac. Donell. *num. 4. ad l. 5. h. tit.* defendunt non solùm ex

parte ſtipulatoris, ſed & ex parte promiſſoris hanc imperſonalitatem orationis non obeſſe ſtipulationi, tum quia reſponſio pendet ex interrogatione, & ex ea longè melius interpretationem capit, quàm iſta ex illâ, *juxta §. preterea. ubi Dd. Inſtitut. de inutilib. ſtipulat. d. l. quicquid 99. h. t.* † Tum quia & reſcripta ambigua declarantur ex precibus impetrantium antecedentibus, *per l. 1. C. de diverſ. reſcript.* tum quia in jure judicioque ſubſecuta reſponſio obſcura recipit interpretationem ex præcedente interrogatione. *l. ſi ſine 9. (in quibusdam l. ſi defenſor 10.) §. qui interrogatus. ff. de interrogat. action.* Exſtat quoque hujus generis exemplum apud Plaut. *in Pſeudulo Actu 4. Scena 6.* etiam ab Alciato citatum.

Si. *Nullum periculum eſt, quod ſciam, ſtipularier.*
Ut occœpiſti verba, viginti minas
Dabin'? Ball. *dabuntur.*

Cæterùm † cùm apta, & cum interrogatione congruentia verba deſideremus, ita tamen ut magis vim & mentem quàm qualitatem verborum conſideremus: facilè, inquam, intelligitur, communem opinionem abſolutè veram nõ eſſe: ſed ita demum, ſi imperſonalitas ex præſenti non conſtituat obligationis ſubſtantiam, ſed eam conſtituendam in aliud tempus rejiciat *per d. Novell. 115. capit. 6. dict. leg. 1. C. de precib. impe. offer. cum ſimilibus: Cuja. ad leg. 5 hoc titu. & Novell. 115. in fin. Donell. num. 4. & 5. Duaren. ad dict. leg. 5. §. ſtipulatio. hoc tit.* † Nec par ratio eſt conſtituti, *de quo in d. auth. ſi quando. & dict. cap. 6. Novell. 115.* & ſtipulationis: conſtitutum fit nudo pacto, non prævia interrogatione: ideoque imperſonalis reſponſio non eodem modo per interpretationem ad perſonalem redigi poteſt; ut & Jaſon fatetur & Alciat. defendit.

Quan-

Quandoquidem cum Cujac.& Duareno *ad leg.5.h.t.* rectiùs dixerimus; imò non obstante *d.auth. si quando: & dict. cap. 6. Novell. 115.* idem esse in constituto, quod in stipulatione: nempe constitutum contrahi per hæc verba; *dabitur: promittitur: satisfit: numerabitur:* Exauditur enim, *à me*, modò hoc agatur, ut pecunia constituatur: at non idem contingit per hæc verba impersonalia futuri temporis: *promittentur; satisfiet.* Etenim cùm in futurum differant & promissionem, & obligationem: ex præsenti statum capere non potest conventio. Itaque *Novel.115. cap.6.& d.auth.si quando.* non simpliciter omnem impersonalem infirmat promissionem, neque omnem per tempus futurum conceptam: sed illam tantùm, *fiet satis*: & æquipollentes, hoc est, tales, quæ cùm in futurum relatæ sunt, efficiunt, ut ex præsenti statum obligationis non accipiant, neque certum faciant, quis ille futurus sit à quo promittetur; à quo satisfiet. Qui verò stipulanti 10. promittit ita: *dabitur*: is ex continenti facit, ut incipiat obligationis status: si enim dabitur, quod interrogatur; utique à se dari vult. Eadem differentia notanda est etiam in verbis personalibus. † Nam si quis stipu- 34
lanti promittat: *dabunt, promittent, satisfacient*: inutilis erit stipulatio: quia non convenit hæc responsio cum interrogatione, neque ex præsenti obligationis vim introducunt: neque ostendunt, quinam illi sint, qui dabunt, qui promittent qui satisfacient. Unde intelligitur, an impersonalis responsio obsit stipulationi, non tam verba, quàm vim eorum cõsiderandam esse: & per consequens, neque in stipulationibus, neque in constituto absolutè verum esse, vitiari vel non vitiari negotium per verba im-

personalia etiam temporis futuri: sed eo tantùm, quo diximus, modo. Ad secundum respondetur: imò si impersonalis responsio præsentis est temporis, vel ejus efficaciæ, ut à præsenti substantiam obligationis constituat, nec eam in aliud tempus constituendam rejiciat: jam æquè per præcedentem interrogationem ad personalem ac certitudinem personæ redigetur, uti ipsa impersonalis interrogatio. Nec ulla diversitatis ratio efficax dari poterit. Sic & tertium infirmatur, cùm nec præsumat lex quem promittere de alio, quàm de seipso: Neque secus præsumere legem ostenditur per vulgarem illam regulam, *de qua in d.l. Arrianus. & d.l. cùm de indebito*: quæ procedit in obscuro, & ambiguo, *ut inf. suo loco.* Hîc autem ambiguum, dubium & obscurum esse, quid velit, negamus, modò constet animo contrahendi stipulationem ad interrogata respondisse. Nam si is animus non fuit, ne quidem tum stipulatio contracta erit, etiamsi per verbum personale præsens, *promitto*, respondit, *l. 7. §. quòd ferè. ff. de pact. cum similib.* Unde etiam quarti argumenti infirmitas apparet, cùm hîc nihil obscuri intelligamus: imò cùm retorqueri possit. Nam planius dicere & debuisset & potuisset promissor; sibi igitur obscuritatē dicti imputabit, si de alio, quàm de seipso senserit. Deniq; infirmissimum esse hoc postremum, hinc elucet, quòd minor simpliciter vera non est: ideoq; neganda, ac per distinctionem de qua suprà, declaranda. Satis itaque est, ut sententia verborum utrinque sit congrua, licet verba & conceptionis formula sit alia atq; alia. Atq; hæc hactenus, quomodo Sententiâ rectè ac congruè respondeatur: restat videre,
35 quomodo RE. † Summatim hoc tenendum est, ita de-

demum congruere responsionem interrogationi, *si idem* h.e. eandem rem eadem qualitate & quantitate contineat, quæ interrogatione est expressa. *per l. 1. §. si simpliciter. cum seqq. ubi Dd. omnes præsertim Alcia. Cujac. Donell. & Duar. h.t. Anton. Gomez. per plures conclusiones procedens. d.c. 9. num. 4. tom. 2. variar. l. inter stipulantem. §. 1. §. si stipulante me. l. si ita stipulatus 109. h.t.* exempli gratia: si stipulanti tibi purè à me decem, simpliciter & purè etiam promittam: si interroganti sub conditione, *Si filia Seji Titio nupserit, decem?* tu sub eadem conditione respondes: Si stipuler, *Calendis Januarii 10. amphoras vini dabis?* respondeas, *dabo*: vel, *iis Calendis de quibus me interrogas, dabo 10. vini amphoras, &c.* His & similib. modis, congruè responsum erit: quia idē non plus nec minus, non aliud est in responsione, quàm quod est in interrogatione.

IV. CONCLUSIO.

CAEterùm † cùm adjicitur vel detrahitur a- 36
liquid obligationi, (h.e. stipulationi, sive interrogationi, qua obligationem verborum constituere quis nitebatur) per responsionem semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori (non refragante respondente) diversitas responsionis ilicò (h.e. statim, & in continenti, ἀϑρόως, ὃ μὲν τῶ μετὰ ϑωείαν, ut Hermophylactes ait) *placuerit.*

d. l. 1. §. cùm adjicit. h.tit. ubi Cujac. Donell. & interpp. omnes. l. fin. §. si ita stipulatus. h.t. l. si decem 52. ff. locat. §. præterea. Institut. de inutil. stipulat. Gajus lib. 2. Institut. tit. de obliga. Ratio hujus regulæ est, quòd ex disparitate re-

sponsionis non solùm arguitur tacitus dissensus, sed
37 etiam formæ corruptio inducitur. † Nisi enim re-
sponsio sit interrogationi consentanea, & vice ver-
sa, non magis potest responso ad interrogata vide-
ri, quàm si dictum sit quodlibet aliud. Quis enim di-
xerit te ad interrogata respondisse, si tu mihi (ut in
proverbio est) de alliis quærenti de cæpis respon-
deas? si mihi muscam roganti tu elephantem pro-
mittas? Est sanè perinde ac si nihil responsum es-
set. Sicut ergo sola interrogatione, ad quam respon-
sum non est, stipulatio non contrahitur, ita nec in-
congrua & inepta responsione, de qua meritò pro-
verbium illud: ἐγὼ σκορόδα σε λέγω, σὺ δὲ χρόμυν ἀπο-
κρίνει: proferri posset. q. d. ineptus es; & nihil re-
38 spondes qui perperam respondes. † Et illud est quod
Justinian. *in §. præterea. Institut. de inutil. stipulatio.* notat.
Præterea, inquit, *inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ in-
terrogatus fuerit, non responderit* (prorsus nihil videli-
cet, aut non aptè.) *veluti si quis decem aureos à te dari si-
bi stipuletur, tu quinq; promittas, vel contrà: aut si ille purè
stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contrà: si modò
scilicet id exprimas, &c.* Hæc ille. Hic sanè respon-
sum est, sed perperam, stultè, ineptè, & quasi per
illusionem. Si tamen ilicò & in continenti diver-
sitas responsionis, quâ quid additum detractúmve
est interrogationi, placuerit; vitium dissensus sub-
latum, & consensus ista reparatione responsio in
concordiam cum interrogatione reducta intelliget-
ur: ut quatenus aliquid ejus est in respõsione, quod
fuit in interrogatione, eatenus censeatur stipulatio
39 vires recepisse. † Et illud est, quod exceptionis vice
in d. l. 1. §. cùm adjicitur. in vers. nisi stipulatori. Ulpianus
expressit. Sed hic duo in controversiam veniunt: u-

num,

num, an illa regula non tam ad rerum & summæ, quàm diei conditionisq; adjectionem pertineat? alterum, si ad utrumq; genus pertineat, an etiam ejus annexa exceptio in *ꝟ. nisi stipulatori.* ad utrumq; porrigi debeat? Utrique dubitationi causam dedit *d. §. præterea.* ubi Justinianus ex Gajo *lib. 2. Instit. de obligat.* eandem sancivit regulam, quam Ulpianus *in d. §. cùm adjicitur:* & exempla non solùm conditionis adjectę, vel detractæ, sed & summæ proposuit, quibus regula illa declaratur: *Veluti si quis,* inquit, *decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinq; promittas; vel contra, &c.* Communi autem calculo differentiam statuunt inter temporis, specierum, & summæ adjectionem vel detractionē: tum quia minor summa majori inest, non autem dies vel conditio puræ stipulationi, nec species speciei, sed generi tantùm: tum quia pleriq; credunt *in Ll. §. cùm adjicitur. h. t.* non esse novum §. distinguendum; aut certè si distinguatur, dicendum, regulam illam quasi per ἀναχεφαλαίωσιν repetere præcedentia; discerni verò à consequentibus *in §. si stipulanti mihi:* quippe quòd nulla appareat copula, qua cum præcedenti *hic §. si stipulanti.* conjungatur. Sunt, qui contra contendunt, *d. §. cùm adjicitur.* non esse referendum ad diei aut conditionis adjectionem vel detractionem, sed ad summam: atque ita non esse conjungendum cum præcedente *§. si quis simpliciter,* sed cum sequente *§. si stipulanti mihi:* quia ajunt, nisi rita acciperetur, partim idem bis atque sæpiùs diceret, partim quoque *in vers. nisi stipulatori.* illud destrueret, quod asseruisset *in §. si quis simpliciter.* Alii deniq; sunt, qui ad antecedentia & consequentia exempla referunt, idemq; jus esse affirmant circa summas & species, quod circa diem & cōditio-

40 nem. † Ut veritatem exactiùs eruamus, singula ordine examinabimus. Observandum autem est, hanc adjectionem & detractionem in tribus fieri. 1. aut in qualitate. 2. vel quantitate. 3. aut deniq; in corporibus sive speciebus, teste Baldo, Alciato, Zas. Donel. & aliis *in d. l. 1. §. si quis simpliciter. & §§. seqq. h. t.*

41 † De qualitatis adjectione vel detractione agitur *in d. l. 1. §. si quis simpliciter*: & ejus tria proponuntur exempla. Primum est ejusmodi: *Si quis simpliciter* (hoc est, purè & sine omni alia facti aut conditionis adjectione) *interrogatus, responderit: si illud* (puta si Capuam eas, vel si fossam fodias) *factum erit* (atque ita hanc conditionem facti adjecerit: dies enim & conditio adjici dicuntur obligationibus. *§. omnis. §. loca. Instit. h. t. l. omnia. de reb. cred. si cert. pet. at. l. eum qui Kalendis 41. h. t.* unde in plerisq; etiam exemplaribus hîc ita legitur: Si quis simpliciter interrogatus *sub conditione responderit*: si illud factum erit:) *dabo*. Etenim si ejusmodi facti conditio adjiciatur, displicente conditione, non potest videri consensisse promissor, qui aliter noluit esse obligatus, quàm hac conditione in specifica forma impleta. *d. §. omnis. Inst. h. t. d. l. eum 41. h. t. l. cedere diem. cum ibi not. a. de verb. signifi. Zas. consil. 5. n. 90. 91. volum. 1.* Alterum exemplum est illud: *aut si ita interrogatus*, INTRA KALENDAS QUINTAS? *responderit*; *dabo* IDIBVS: nam & hîc tempus adjicitur majus ac longius: veluti etiam si quis *post annum dari?* stipuletur, cui respondeatur *post biennium,*

42 *l. si ita 109. h. tit.* † *Quintæ* autem *Kalendæ* intelliguntur de quinq; mensibus, ac si dicas, *quinto ab hinc mense dabis?* Alciat. Duaren. Donell. ibid. Incipit enim mensis quilibet à Kalendis. Sic centesimis Kalendis, id est, centesimo mense, dixit Paulus *in l. centesi-*

mis 46.infrà h.tit. Item si dicimus; Proximis Kalendis, primis Kalendis, hoc est, primo & proximo mense. *l.eum qui 41.h.t.& in l.lecta.si cert.pet.*& Martial. *lib.1.Epigram.*in Calenum avarum:

Atq; intra (puto) septimas Kalendas
Mortes hoc tibi quattuor dederunt.

Tertium exemplum, illud est: *Et versa vice, si interrogatus fuerit sub conditione, responderit purè.* Detraxit enim aliquid illi, quod interrogatione erat expressum. Ideoq; videtur, se noluisse obligari, qui ita respondit: Et rursum noluisse talem acquirere obligationem, cui secus respõsum est, quàm interrogavit. At dixeris; Imò qui sub conditione stipulanti purè respondet, videtur adjeciisse: quia hoc efficit, ut tempore plus debeat: qui verò purè stipulanti promittit sub conditione vel in diem, videtur aliquid detraxisse: quia tempore minus se vult debere. † Ut enim 43
tempore plus minúsve solvitur, *leg.12.§.1.cum ibi not. de verb.signific.* sic etiam tempore, minus, si solutio differatur; *d.l.si ita 109.inf.hoc tit.* vel plus debetur, si sine omni dilatione solvendi necessitas immineat, *argum.leg.si fundum 114.h.tit.leg.si cùm dies. §.ultim.ff. de recept.arb.leg et si post tres.ff.si quis caution.judic.sisten. d.l.12. §.fin.l.cedere diem.de verb.signific.cum annota.* Sed nihil interest: cùm alio respectu obligationi h.e. interrogationi, quæ constituendæ obligationis causa fiebat, dicatur detrahi idem, quod alio dicitur respectu, adjici. Atque hæc in exemplis qualitatis detractæ, vel adjectæ ab Ulpiano *in d.§.si quis simpliciter*, propositis. De his autem omnibus rectè hanc proferri regulam, *vitiari* scilic. *obligationem*, nulla est dubitatio, cùm expresse hoc singulis illis adjiciatur exemplis ab Ulpiano, *non obligari.* † Quod autem 44

sequitur exceptionis vice, *nisi stipulatori diversitas responsionis ilicò placuerit, &c.* plerique negant huc trahi posse: ideoque credunt; Etsi ilicò placeat hæc diversitas nata ex adjectione vel detractione diei aut conditionis, non tamen convalescere stipulationem. Etenim quod initio nullum est, ex post-facto vires non acquirit. *l. quod initio 29. ff. de reg. jur.*

45 Quoties † verò forma vel in minimo vitiata est, res illud esse non dicitur, quod per formæ impressionem esse debuit. *l. 5. §. 1. l. 13. §. 1. l. 14. cum ibi notat. ff. de verbor. signific.* Actus autem inutiliter factus, nisi iterum debito modo ac formâ fiat, vires non recipit, *per l. hæc conditio. §. filia. ff. de condit. & demonstrat. l. qui per salutem. ff. de jurejuran ubi Bartol.* ne quidem ex pacto, maximè cùm pactum subsequens, stipulationi secundùm quosdam non insit. *arg. l. 7. §. 1. §. 2. ubi Cuja. ff. de pact. l. in bonæfidei. ubi Donel. Cod. eod.* Denique urgent *dict. §. præterea.* ubi simpliciter & sine omni exceptione dicitur *vitiata ac nulliter facta stipulatio, si quis purè stipulanti sub conditione respondeat*, vel *in diem*, aut

46 *sub conditione roganti, promittat purè.* † Contrà alii frequentiore voto & verius *dict. §. si quis simpliciter.* hoc moderamine accipiendum docent, *nisi ilicò responsionis diversitas placuerit stipulatori.* Sic enim appareret de utriusque consensu in idem placitum, in illud scilicet, quod utraque stipulationis parte, *interrogatione* nempe & *responsione* simul continetur; non etiam, quod in alterutrâ tantùm est. Sic hac (ut ita dicam) complacentiâ efficietur, ut appareat retrò formam stipulationis non esse corruptam: quia illud, quod detractum est, placuit detractum permanere: quod adjectum, ut pro supervacuo habeatur, & nihilominus illud locum sortiatur, de quo utrinque

que mutuo consensu actum fuit. *Donell. in dict. l. 1. §. si quis simpliciter. num. 10. h t.* Itaq; non obstant, quæ de formę corruptione & actu inutili iterum ex integro faciendo objiciuntur. Tollitur enim hac complacentiâ diversitas interrogationis & responsionis, demonstratâ utriusq; convenientiâ; & patet retrò, non fuisse actum nullum, aut formâ corruptum, sed obscurum propter disensus præsumptionem, quæ nunc manifesto placito eliditur. † Non etiam 47
obstat *d. §. præterea. Instit. de inutil. stipulat.* non quòd ita exaudiri oporteat, quasi nihil responsum sit, ut vult Donellus, fortasse abutens Justiniani verbis: qui ait: *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non responderit,* q. d. aut omnino nihil respõderit: aut non congruè: ut exempla subsequentia perfectè proposita arguunt: sed ideò non obstat; quia *in d. §. præterea.* Justinianus regulam tantùm ex Gajo proponit; Ulpianus verò hanc regulam exceptione confirmat, exponit, & interpretatur. Quam ob causam suppleri debet *d. §. præterea.* regula ex hoc Ulpiani pleniore responso. Neque hoc rarum est in Institutionibus, utpote quas Justinianus voluit tyronibus juris conscribere. *§. 2. Instit. de justit. & jur.*
† Quid igitur? si ego te sub unâ conditione inter- 48
rogem: veluti *decem dare spondes, si navis ex Asia venerit?* tu sub aliâ diversâ conditione respondeas; puta; *spondeo, si Cæsar Turcam vicerit.* Hanc adeò vitiatam, ut nec valeat, si ilicò diversitas responsionis placeat, censent Johan. de Imol. & Alciat. *num. 1. & 2. in Aven. Zas. num. 6. & 7. in dict. leg. 1. §. si quis simpliciter. hoc tit.* Johan. Fab. *in dict. §. præterea.* At Jason vitiatam quidem censeri contendit, nisi ilicò diversitas responsionis placeat, aut hanc aut illam conditionem sti-

pulator eligat, eiq; adstipuletur promissor. Etenim in utraque stipulationis parte erat conditio; licet alia atq; alia, quarum altera citiùs vel difficiliùs aut serò eventura. Etsi quidem hæc Jasonis sententia videatur communi calculo repudiata, puto tamen sustineri posse. Ut enim puræ stipulationi ineſt omnis dies, quo quid solvi potest, omneque tempus, atq; ita etiam conditio, ut Donellus eleganter ostendit: sic etiam tempus conditionis citiùs & faciliùs extituræ ineſt ejus conditionis, quæ tardiùs & difficiliùs eveniet, tempori: & vice versa. Unde nec Zasii argumentum obstat, quòd incertitudo temporis vitiat stipulationem, cùm possit aliud tempus aliud citiùs existere: Nam regulariter hoc procedit, si non subsequatur ratihabitio & complacentia, responsionis diversę. Imò si propter hanc incertitudinem & diversitatem eventus vitiata esset obligatio in tantum, ut convalescere placito subsecuto non posset (quia absurdum sit in jure, quòd una eademque obligatio, ut Zas. loquitur, esset nata & suspensa) eveniret, ut nulla posset contrahi efficax & firma stipulatio sub conditione: siquidem nata quidem esset, attamen suspensa obligatio *juxta l. cedere diem. de V.S.* Quod cùm ineptum sit dicere; certè illud absurdum à Zasio collectum, non est absurdum: quia falsum est illud absurdum, ut vel ex *l. ex duob. 7. in fi. ff.* 49 *de duob. reis. & d. l. cedere diem.* evidens est. † Rursum quæritur, fallátne hæc regula de tempore in duorum reorum promittentium stipulatione? Et hoc plerique existimant *per l. ex duobus 7. ff. de duob. reis. Zas. ad dict. leg. 1. §. si quis simpliciter. num. 5. Secundò*, inquit, *limitatur in duobus reis, quia ab altero possum purè stipulari, ab altero sub conditione: nec enim impedimento est, autore*

Flo-

Florentino, dies aut conditio, quò minùs ab eo, qui purè obligatus est, petatur. Attamen ex l. 3. §. fin. ff. de duobus reis constat, duorum reorum unam eandemq; esse obligationem, unam eandemq; stipulationem: Itaque fateri oportet, aut verum non esse quod in dict. §. cùm adjicitur. respondetur, vel subaudiendum, in dict. leg. ex duobus 7. ilicò placuisse responsionis vel interrogationis diversitatem, aut denique hunc casum esse exceptum à regula. Hæc illi. Cæterùm in eo falluntur: Et regula & exceptio æquè in singulorum correorum stipulatione procedit, uti in quolibet alio, etiam fidejussore non obstante, *dict. leg. ex duobus. juncta dict. leg. 3. in fin.* Est enim duorum reorum una obligatio, unaque stipulatio, respectu rei debitæ, quæ in eam deducitur: quam singuli in solidum simul & semel debent, adeò ut unius solidi solutio omnes liberet, *d. l. 3. in fin. l. 2. l. 5. l. reos 11. in fin. l. fin. de duob. reis.* & unius factum alteri noceat, *l. pen. eod.* At respectu vinculi constituendi, id est, ipsius formæ stipulationis, sunt duæ conceptiones verborum; una in Mævio (exempli gratia) correo, altera in Titio, eoque correo: ut & duo existunt obligationis vincula, unum in Mævio, alterum in Titio: *ut patet per l. eandem rem 9. in fin. eod. & §. ex hujusmodi. Instit. eod.* Itaque si à Mævio & Titio eadem conceptione interrogo, *centum dabitis?* & eorum alter puta Titius tantùm responderit; Mævio tacente, solus Titius obligatus erit, non etiam Mævius. Neque enim hîc quicquam detractũ est interrogationi; quæ ut duas comprehendebat personas interrogatas, ita quoque revera duplex erat conceptio: neque sub conditione interrogatio in utriusq; persona fit, ut ita demũ obligetur, si alter quoque responderit, *l. duos 6. ff. de duob. reis.* Sic duos reos promittendi facere possum

ex diversis locis, alterum, ut Capuæ, alterum ut Romæ solvat: & ideo etiam ex utriusque persona aliam atque aliam rationem temporis habere licet. *d. l. eandem 9. in fin.* Commodissimum autem est argumentum à loco ad tempus, *ut notant Dd. ad l. vinum. in fin. ff. de reb. cred. si cert. petat.* Quid igitur vetat, ut ab altero eandem rem in solidum purè, ab altero sub conditione stipuler? Sanè hic casus huc non spectat. Ita demum spectaret, si Mævium & Titium ejusdem summæ duos reos accepturus, eos purè cõjunctim aut singulatim interrogem: & Mævius sub conditione, Titius verò purè respondeat: jam quidem in persona Titii utiq; consisteret stipulatio *juxta d. l. duos 6. ff. eod.* in Mævii non item, nisi ilicò diversitas responsionis placeret, *per d. l. eandem. in fin. d. l. duos 6. & d. l. 1. §. cùm adjicitur. h. tit.* Sed tunc fateantur necesse est, nihil diversi à regula nostra ejusq; exceptione habere: ac proinde in duob. reis constituen-
50 dis non limitari. † Limitandum quoq; hoc axioma cum sua exceptione putant in stipulatione, cui ex natura rei inest conditio: veluti si quis à me stipuletur *decem modios frumenti ex fundo meo Semproniano:* ego ei respondeam, *si nascantur*, vel *cùm nascentur, dabo; arg. l. interdum. h. t. Zas. in d. §. si quis simpliciter. n. 4.* Valere, ajunt, stipulationem, etiamsi ilicò non placeat diversitas responsionis. Verum quidem docent, sed neq; exemplum est hujus regulæ, neque quicquam commune hic casus habet cum exemplis *in §. si quis simpliciter.* enumeratis. Nihil enim additur, nihilque detrahitur per responsionem interrogationi. Frustrà igitur pro limitatione regulę ponitur, quod sub
51 regulam, vel ejus exceptionem non cadit. † Ejusdẽ generis est, si antequam stipulatio fiat, inter me & te

præ-

præambulus (ut Zasius loquitur) tractatus habitus sit, ut certâ cõditione adpositâ, ego tibi decem promittam: tu respectu habito ad tractatũ illum præcedentem à me simpliciter, hoc est, purè decem stipuleris, ego verò conditione adjectâ spondeam. Nam & eo casu sine complacentiâ (ut loquuntur) efficax est obligatio: non quia speciale sit, & casus à regulâ hac exceptus; sed non plus, non minus est re vel qualitate in responsione, quàm fuit in interrogatione: atque ita ad hanc regulam non quadrat. † Postremò nec hîc obiter illud prætereundum est, 52
Cujac. *in d.l.1.* existimare, hanc regulæ exceptionem *§. cùm adjicitur. vers. nisi stipulatori.* tantùm pertinere ad diei conditionisque detractionem, non ad ejus adjectionem; Unde statuit, si stipulanti *intra Kalendas?* respondeatur, IDIBUS: non valere, nec ex subsecuto placito convalescere: ut nec eo casu, quando purè stipulanti respondeatur sub conditione: quia conditio non insit puræ stipulationi, neq; dies diei. Sed malè hæc: cùm exceptio ad utrumque casum sit referenda, nec apta sit diversitatis ratio, ut ex suprà deductis relucet. † Et quamvis tempus est 53
quantitatis continuæ, non, ut summæ, discontinuæ, nec ideo partes pro diviso vel indiviso, teste Zas. *in d. §. si quis simpliciter. num. 9. 10. 11. 12. h. t.* habeat, *per ea, quæ notavi ad leg. 25. ff. de verbor. signific. & inf. prolixiùs:* per intervalla tamen & compendia dividitur, non quidem ipsum tempus, sed quod in hoc tempore fieri darive debet, aut non debet: alioquin neque in tempus, vel ex tempore, neque ad tempus posset ulla obligatio, vel actus fieri, si eodem modo, quo tempus, esset individuus & perpetuus; contrà quã est *in l. obligationum. ff. de action. & obligat. §. omnia. §§.*

seqq.Inst.h.t. neq; ullum compendium majus minúsve esset in tempore, contrà quàm *in l.12.§.1.ff.de ver. signific.cum ibi notat.* determinatum est. Nec posset dici, non minùs tempore, quàm re plus peti posse: contrà quàm est dispositum *in §.si quis agens.§.plus. & seqq.Institut.de action.* Itaque etsi dies propior remotiori diei non eodem modo inest, quo decem insunt viginti: inest tamen ratione compendii & emolumenti, *per d.l.12.§.1.de V.S.dict.§.plus.§§.seqq. Insti.* 54 *de action.* item ratione præteriti & futuri. † Idem de conditione tenendum est, cùm ea nihil sit aliud, quàm temporis dilatio, *argum.dict.leg.cedere diem.* Atque hæc hactenus de diei & conditionis adjectione 55 ac detractione. † Nunc de pecuniæ summa, sive quantitate videamus: De ea sic pergit Ulpian. *in d. l. 1.§.si stipulanti.h.tit. Si stipulanti*, inquit, *mihi decem, tu viginti respondeas: non esse contractam, nisi in decem, constat: ex contrario quoque si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta.* Hanc stipulationem utroque casu ab initio inutilem non esse, & valere, etiamsi diversitas responsionis ilicò non placeat, contendunt Alci. Zas. Donellus ac communi propè cõsensu omnes. Ideoq; *in hoc §.si stipulanti.* non proponi exempla præcedentis regulæ, *quæ est in §.cùm adjicitur:* sed alterius regulæ, quæ hîc sequitur in ℣. *licet enim oportet:* ubi Ulpianus: *Licet enim oporteat*, ait, *congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti & decem inesse:* q.d. majori summę minor inest: Ergo qui plus minúsve summa promittit, quàm interrogatus est, nihil adjecit, nihilq; detraxit, sed idẽ respondit, quod est in interrogatione. Ideoq; si viginti stipulanti, pmittis decẽ, etiamsi nó ilicò placeat responsionis diversitas, in decẽ tamen

contra-

contracta erit ſtipulatio: & vice verſa. Nam etſi diverſitas reſponſionis ilicò placeret, tamen in non plus quàm decem convaleſceret: non quòd vera nõ ſit regula *in d. §. cùm adjicitur:* ſed quòd ad hanc ſpeciem, de qua agitur, non pertinet: Hæc illi. Moventur ergo his potiſſimùm rationibus: Definitio illa *in §. cùm adjicitur*, eſt de eo, quod adjicitur, vel detrahitur obligationi: At cùm ſtipulanti mihi ſummam aliquam aut quantitatem, plus minúsve reſpondeas, neque plus videris reſpondendo adjeciſſe obligationi, neque reſpondendo detraxiſſe: Ergo definitio illa *in §. cùm adjicitur.* ad ſummam ſive quantitatem non ſpectat. Minorem tali probat Donellus proſyllogiſmo. † In duabus obligationibus ſeu ſtipulatio- 56
nibus invicem disjunctis nec cohærentibus nunquã dici poteſt uni alteram adjici: cùm disjunctæ nõ cohæreant: neque unam alteri detrahere; cùm priùs una in altera non fuerit. At quot ſunt res, quot ſummæ, tot ſunt ſtipulationes ſeparatæ. *l. quod dicitur 86. h. titu.* Ergo ſumma *decem* non poteſt videri adjecta ſummæ *decem*; quando *decem* ſtipulanti, quis *viginti* reſpondeat: nec detracta, ſi *viginti* interroganti reſpondeat *decem.* † Deinde ſolum adjicitur obligati- 57
oni, quod obligationis pars fit: & ſolum obligationi detrahitur, quod in obligatione tanquã pars fuit, ut ſuprà declaratum eſt. Atqui ſolus dies vel conditio ineſt ſtipulationi, tanquam pars ejus: *l. 1. §. penult. ff. de edendo:* quia eo fine adjicis, ut totius ſtipulationis pars fiat: quòd ſi detraxeris, partem ſuſtuliſſe totius diceris. Afficit enim totam ſtipulationem. Idem verò de ſumma majore vel minore dici ſecundùm illum nequit: quippe ſi *decem* addas *decem*, ut *viginti* fiant; ut duæ ſummæ ſunt, ita duæ res; nec ideo hæc

adjectio vel detractio pars est totiº stipulationis, sed alia separata & nova summa. Secundò, si stipulanti mihi *decem*, tu *viginti* respondeas, non tam diversa est responsio in *viginti*, quàm nulla, quo ad reliqua *decem*; cùm nemo possit ad id respondere, de quo non est interrogatus: *l. 1. Cod. de usur. l. 1. §. verbis. ff. de action. & obligat.* Quod autem nullum est, non potest pro adjecto videri, ut diversitatem responsionis inferat.

58 † Tertiò indubitati juris est, si de re aliqua præcedat interrogatio ac de ipsa sequatur responsio, quin stipulatio ea de re secundùm regulas juris contrahatur. *argument. definitionis, de qua cap. 1. concluſ. 4.* At, si quis stipulanti *decem*, respondet *viginti*, is vi ipsa, inquit Donellus, *decem* respondet: nam *in viginti bis decem* insunt. Itaque hinc efficitur, eam stipulationem secundùm juris regulas contractam esse, nec complacentiâ opus habere: imò frustrà eam desidere-

59 mus. † Quartò in temporis adjectione & detractione ideo non valet stipulatio, nisi ilicò placeat ea diversitas: quia facit, ut statim consensus nõ jungatur, sed in pendenti sit obligatio: quippe purè interrogans vult statim natam esse obligationem; in diem vel sub conditione promittens, ut non statim, sed sit in pendenti. *l. cedere diem. ff. de V. S.* In summa verò majore, vel minore promissa, quàm interrogata est, talis disjunctio consensus non est metuenda; nec valor ejus in pendenti est, neq; in minore summa disentiunt: ideoq; contractus statim perficitur, quando ad summam majorem de minore summa

60 responsum est. † Quintò ubi discreta est quantitas, ejus adjectio & detractio non potest vitiare stipulationem: quia stipulationis formam non corrumpit, eò quòd habeat partes discretas: ubi verò continua

versa-

versatur quantitas; quia partes sunt inseparabiles, secus est: nisi ilicò accedat complacentia. Atqui totum numerale facit discretam quantitatem, non continuam, inquit Zas. uti tempus. Ergo si toti numerali in stipulationē deducto quid addatur vel detrahatur, non idem juris obtinebit, quod est, si tempus addatur, vel detrahatur. † Sextò in eandem sen- 61
tentiam *l. si ex toto 8. ff. de legat. 1.* facere autumat Zasius *in l. 1. §. si stipulanti. num. 5. h.t.* ubi ex Pomponio docetur, si ex toto fundo legato testator partē alienasset, reliquam duntaxat partem deberi: quia si adjecisset etiam aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet. Ex quo Zasius colligit, quòd diversitas interrogationis & responsionis nō solùm in summis, sed etiam in rebus fungibilibus, aliisq; corporibus non vitiat stipulationem, veluti si quis *decem homines stipulanti, quinque* promittat: vel contrà: aut *fundum decem jugerum*, respondeat *quinque jugera se daturum*. † Septi- 62
mò in eandem hanc sententiam citant *l. inter stipulantem 83. §. si stipulante me. vers. diversa causa est. h.t.* Ubi Paulus initiò tradit, si me stipulante Stichum aut Pamphilum, tu *unum* ex illis *daturum* respondeas, nihil actum censeri: etenim diversitas respōsionis incertum facit, de utro conveniat, *argum. l. triticum, h.t.* nisi ilicò sequatur approbatio responsionis diversæ: quæ si sequuta fuisset, vel aliâs certò constitisset, de utro utrinque consensissemus; ut si stipulanti mihi *Stichum & Pamphilum*, unum eorum quem velles, vel ego vellem, aut nomine ejus expresso promitteres: utique contracta diceretur stipulatio. Hęc, inquam, cùm docuisset Paulus initiò, & in fine *vers. item si ego*, declarasset: *in d. vers. diversa causa est*: hæc inseruit verba: *Diversa*, ait, *causa est summarum: veluti* DE-

CEM AUT VIGINTI DARE SPONDES? Hic enim etsi *decem* spoponderis, rectè responsum est: quia semper in summis id, quod minus est, sponderi
63 videtur. † Octavò *in l. si ita stipulatus 109. h. tit.* Pomponius ait: *Si ita stipulatus fuero,* DECEM AUT QUIN-
64 DECIM DABIS? *Decem debentur.* † Contrà multi sunt, quos Cujacius sequitur *in d. l. 1. mihi fol. 104. h. titu.* qui idem decernunt in summæ, quod in temporis diversitate; contendentes Ulpianum pergere exempla propositæ regulæ enarrare *in §. si stipulanti.* Cur autem non circa singula exempla repetat, sicuti *in §. si quis stipulanti: vitiatam esse stipulationem: non obligari,* &c. hanc esse rationem, quia cùm illa exempla proponeret, nondum de regula constabat: quam ex positis aliquot exemplis erat collecturus. Ideoque ut apta & concludens esset hæc ab exemplis collectio; oportuit in singulis illis exemplis veritatem futuræ regulæ ostendere. Hoc jam opus non erat, positâ regulâ; potissimùm cùm *in hoc §. si stipulanti. & §. seq.* constituerit exemplis, secundùm Cujacium, corroborare exceptionem seu declarationem regulæ subjectam, de complacentia, quòd ea se non extendat ultra id, quod utrâque stipulationis parte, hoc est, & interrogatione & responsione continetur. Nam hujus nihil in præcedentibus exemplis expresserat.
65 In quam partem ego quoque sum proclivior. † Movet me, quòd si quis de majore vel minore summa, quam interrogatus est, respondeat, non censeatur animum obligandi sese habere: & vice versa, quòd interrogans de majore summa possit omninò videri dissentire: quippe quòd de minore summa negotium illud nolit contrahere: alioquin etiam nõ hanc
66 majorem, sed illam minorem interrogasset. † Nec impe-

impedimento est, quòd stipulatio à plerisque dicitur contractus lucrativus: quod ita interdum esse potest, si donandi causa fiat: perpetuum autem non est. Neque nullibi, quo ad præsentem de forma disputationem, hæc lucrativæ & onerosæ causæ differentia circa stipulationem invenitur jure expressa. Deinde is, à quo quis minorem summam, puta decem, stipulatus est, possétne irridendo vel exprobrãdo avaritiam, aut importunitatem ejus respondere, *imò viginti dabo?* Quid? quòd sæpe non se obligandi, sed commendandi officii & promptę voluntatis declarandæ causa ampliorem summam, quàm revera volunt, homines dicant? Itaque, nisi ilicò hęc diversitas placeat ambiguæ & incertæ voluntatis removendæ causa; eòdem vitio, dissensu scilicet, laborare videbitur, quo illa, cui dies adjecta vel detracta est.

† Secundò, non minùs adjici & detrahi stipulationi 67
dicitur, quando plus minúsve summâ respondetur; quàm si plus minúsve tempore: quia non minùs summa pars est stipulationis, quàm dies, vel conditio. *l. 1. §. 1. §. diem. vers. nam dies solutionis, sicuti summa pars est stipulationis &c. de edend.* Quæ si minuatur vel augeatur, corrumpitur: quia integra non manet; sed detrahendo in plures summas discerpitur discretas: vel aliud totum substitui, non idem dici videtur. *l. rectè dicimus 25. de verbo. signif.* † Tertiò non parum me 68
movet tex. *in §. præterea. Inst. de inutilib. stipulat.* ubi propositæ regulæ, stipulationem inutilem esse, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat: hoc exemplum inter alia subjicit, & cum exemplis diei ac conditionis conjungit Justinianus: *veluti*, inquit, *si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas; vel contrà: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione*

promittas vel *contrà* &c. Eo ipso igitur, quo Justinianus parem facit hanc stipulationem illi, quæ non congruit in conditione; facilè ostendit, idem in utraque jus obtinere regulare, quod *in d. §. si quis simpliciter. & §. cùm adjicitur.* ab Ulpiano describitur. Nec eludi potest hic Justiniani textus ab illis, qui distinguunt: *aut quæritur, an valeat tota ista stipulatio totius majoris summæ, aut verò an tantùm pars ejus, quæ utrinque fuit expressa, in minore* scilicet *summa. Utroq; casu hoc probandum esse, saltem in minore summa contractam censeri stipulationem, reliquam verò à respondente adjectam vel detractam adeò vitiatam, ut ne quidem approbatione diversæ responsionis vires accipiat: & de eo tantùm hoc Justiniani dictum esse intelligendum.* Sic, inquam, generalitas regulæ apud Justinianum non eludetur; neque permittet illud comparatio conditionis & summæ; quæ à pari procedit *in illo §. præterea.* Nam si stipulationi adjiciatur vel detrahatur conditio, intelligitur tota, non in parte vitiata; per illam regulam *in d. §. præterea:* quia ad ea, quæ interrogatus est, non respondit. Idem igitur est, si quid summæ sit detractum vel additum: alioquin aut ineptum esset exemplum regulæ subjectum à Justiniano: aut duplex esset & propè contrarius sensus illius regulæ initiò propositæ *in dict. §. præterea:* quod utrumque de tanto Imp. sive potiùs autore Institut. præsumere invidiosum est. Sed nec illam considerationem *circa dict. §. præterea.* veram esse suprà dixi: qua plerique urgent hæc verba: *non respondeat:* & ideo volunt, Justinianum non proposuisse regulam illam, de qua *in dict. leg. 1. §. cùm adjicitur:* sed de eo, qui prorsus nihil ad interrogata respondet. Quod si verum esset, rursum fateri oporteret, valde ridiculum esse Justi-

nianum,

nianum, qui aliud regulæ vice proponeret; aliud per subjecta exempla declararet: quippe qui in exemplis præmissæ regulæ accommodatis disertè responsionis facit mentionem. Deniqüe quod Donellus & alii præsupponunt, Justinian. *in dict. §. præterea.* non per omnia & absolutè conferre stipulationem summæ cum stipulatione conditionali, quo ad id, si quid adjectum detractúmve sit: propterea, quia tot sint stipulationes, quot summæ: nec summam esse partem obligationis, sicuti dies & conditio est: partim conjectura nititur, partim ex falsa est hypothesi. Conjectura nititur, quia illud ex textu *dict. §. præterea.* vel ullo alio non elicitur. Quod si dicat *ex dict. leg. 1. §. si stipulanti.* elici, committit elenchum principii: quia quod in quæstione est, an scilicet hujus *§. si stipulanti.* hic sensus sit, ut nihil cum præcedente *§. cum adjicitur. & §. si quis simpliciter.* commune habeat? pro confesso assumeret. Falsitas præsuppositi apparet *ex l. 1. §. diem. de edend.* ut infrà prolixiùs.† Quartò, in hanc sententiam facit locus Gaji 69
in titu. 9. de obligat. libr. 2. Item si purè, inquit, *interroget creditor, & debitor sub conditione promittat: Vel si creditor decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat: hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur. Vacillare* dicit, ut ostendat, in periculum non contractæ obligationis rapi, nisi ilicò placeat responsionis diversitas. Sed quid Donellus? Si constaret, vel de eo non dubitaretur, hunc Gajum esse autorem illum antiquum, quem Justinianus in componendis Pandectis & Institutionibus secutus est; verum faterer: sed incertum est an is fuerit, & potiùs is creditur esse, qui & Christianus & fictitius: quia ecclesiarum & sacrorum locorum sæpe

meminit. Et concesso, quòd sit antiquus ille Gajus, tamen & Ulpiani & Justiniani autoritas ei repugnarent: Ulpiani, *in hoc §. si stipulanti:* Justiniani, *& in d. §. præterea.* Et quòd illa omnia, quæ Pandectis inserta non sunt, ex veterum scriptis vetat nos comparare cum iis, quæ Pandectis inserta & confirmata. *l. 2. §. tanta. Cod. de veter. jur. enuclean.* Sed nihil urgent. Plurimi enim sunt, qui veteris illius Gaji arbitrantur. Quòd autem Ecclesiarum, locorum sacrorum & templorum meminerit, non admodum arguere: cùm de sacris locis etiam in Digestis totus extet titulus: & templorum etiam alii meminerint ex veteribus; veluti M. Varro *lib. 6. de ling. Latin.* Fest. Pompe. Nonius Marcell. *cap. 6.* Cornel. Fronto. Imò Amianus Alarici regis Cancellarius ex vetusto exemplari descripsit, plerisque interpolatis, ut Jacobo Cujacio visum est: qui hæc Christianam professionem sapientia fortè inseruit, ut ad sui seculi forum accommodaret: neque tamen cætera corrupit. Num Ulpianus disentiat à Gajo hac in parte, quæstionis est: non igitur rectè opponit Ulpiani autoritatem; ut
70 nec Justiniani *in d. §. præterea.* † Nec facilè quis dixerit, prohibere Justinianum, Pandectis non inserta nec approbata veterum JCtorum responsa conferre cum jure Pandectis inserto. De eo enim nihil Justinianus *in d. l. 2. §. tanta.* ut ex sola lectione manifestum est. Imò verò posteriora ad priora pertinent, & vice versa: nec novi juris unquam certior mens vel interpretatio elici potest; quàm si cum vetere conferatur: quod vel *ex titul. Institut. de fideicommiss. hered. titul. de heredit. quæ ab intestato. cum seqq. tit.* novum est. Nihil igitur urgent, quæ Donellus tantopere urge-
71 re putat. † Quintò *in l. si decem 52. ff. locati cond.* Pomponi-

ponius respondet: *Si tibi decem fundum locem, tu autem existimes* (& ita in summa non consentias) *quinque te conducere, nihil agitur* (hoc est, vacillabit locatio, & irrita erit) *sed etsi ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere: utiq; non pluris erit conductio* (si scilicet utrinq; placeat ilicò hoc, quod agitur, ratum esse) *quàm quãti ego* (locator) *putavi:* quia utrique in minorem summam jam consentimus. Quòd si illud est in locatione-conductione, contractu, qui consensu fit & bonæfidei est: quid de stipulatione dubitamus, quæstricti est juris? Respondet Donellus: aliam esse causam locationis, aliam stipulationis: in locatione, inquit, qui decem vult, non vult quinque, si sola præstentur: idque ex eo intelligi, quòd decem desiderat pro eo, quod vicissim eũ præstare convenit, nempe, ut fundum præstet fruendum: disentit igitur in totum locator, quo ad mercedem, qui decem requirit, si ei quinque constituantur à conductore: Secus in stipulatione: quia qui decem stipulatur, ipsis etiam verbis quinque stipulatur; quia decem quinque insunt: Deinde etiam nec quinque recusare creditur, qui decem stipulatur: quia hanc summam ex stipulatione habet gratis & sine onere: & nisi lucrativus esset contractus stipulatio, non posset pupillus alium sibi stipulando obligare sine tutoris autoritate, contrà quàm cavetur *in l. obligari. ff. de autor. tuto.* Credibile autem esse, qui velit sibi sine onere ac gratuitò acquirere majorem summam, velle & minorem. Sic, inquam, Donellus respondet. At hoc respondere nihil est: audio quidem hoc dici, sed probari non video. Etenim non semper stipulatio est contractus gratuitus. Quid enim si locationis causâ fieret? An deficiente locatione

juxta *d.l. si decem 52.* nihilominus firma erit ex stipu-
72 latu obligatio? † Quid, si quis pro tota summa debita fidejussorem acciperet, qui saltē pro parte promittit? An est gratuitus contractus creditori? Imò inter causas lucrativas non refertur stipulatio *in l. unic. Cod. de imponend. lucrat. descript. libr. 10.* Deinde lucrativa causa & onerosa in hoc non differunt, quasi illa faciliùs & sine mutuo consensu in idem placitum contrahatur; hæc non item. Denique qui decem stipulatur, decem vult simpliciter, non quinque: Non enim duas summas, quæ singulæ sint quinque, sed unam complexus est totam: & una est stipulatio, non duæ: alioquin vel decem essent, vel quinque stipulationes, quia in tot particulas divisas hæc summa discerni posset: quod ut ineptum re-
73 prehendit JCtus *in l. scire debemus 29. h. titul.* † Haud etiam apta causa est, cur dicit, pupillum sine tutoris autoritate posse alium ex stipulatu sibi obligare; quia sit contractus gratuitus: Imò, non hæc causa est; sed ista: quia pupillus stipulans ab aliquo, ideo ex stipulatu non obligatur, cùm sit contractus μονόπλευρος. non δίπλευρος: quinimò ex empto, ex locato & similibus minimè gratuitis contractibus pupillus ipsâ conventione alium sibi jure obligat, licet ille non obligetur, tutore non adhibito, *§. 1. & seqq. Institut. de auct. tuto. l. Julianus. §. si quis à pupillo. ff. de actio. empt.* Causæ igitur & rationes à Donello allatæ argumentum illud *ex d. l. si decem 52.* non eliduntur. Sunt qui *d. l. si decem 52. ff. locat.* intelligunt de errore; sunt qui de interpretatione. Sed & hoc dato, argumentum non infirmabitur. Etenim & eo casu, quo quis stipulanti *decem? viginti* aut *quinque*, respondet, error
74 apparere videtur. † Sextò facit, quod idem Ulpian. re-

respondit *in leg. Græcè 8. §. illud commune. ff. de fidejussor.* *Illud*, inquit, *commune est in universis, qui pro aliis* (fidejubendo) *obligantur, quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari: in leviorem planè causam accipi possunt: propter quod in minorem summam rectè fidejussor accipietur.* Zasius putat *d. §. si stipulanti. nu. 6.* fallere in fidejussore, & sic non obstare. Sed cur fallat, ratio reddenda esset: imò si fallentia sive exceptio esse debeat *à §. si stipulanti*: priùs oportet constare de regula: & quòd *d. §. si stipulanti.* non potius contineat exempla præcedentis regulæ. *§. cùm adjicitur.* Sed de eo quæstio est: Non igitur hoc modo licet effugere: quia pro concesso sumitur, quod quæritur. Duarenus igitur increpat Molinæũ & alios, qui putant Ulpian. *in d. l. Græcè 8. §. illud commune.* discrepare de forma: imò nec *§. si stipulanti.* ad formam stipulationis referendum credit: quod tamen cęteri non cõcesserint, qui omnes clamant, propterea ipso jure valere istas stipulationes, de quibus *in §. si stipulanti.* quia in iis sit congrua responsionis cum interrogatione forma: & nisi illud fateatur, nihil efficiet secutus Alciatum & Zas. † Denique modum fidejussionis pertinere 75
ad ejus formam, quis dubitat? Est enim accessoria obligatio: igitur sine principali, ex quo suũ esse habet, non existit, *arg. c. accessorium. de reg. jur. 6. l. blanditus 12. C. de fidejuss.* Respondet ergò Duaren. Gothofr. & quamplurimi alii: non esse hæc verba, *eos omninò non obligari*, hoc sensu accipienda, quasi Ulpianus asserat, qui in majorem summam fidejubet, respondendo, quàm est interrogatus vel in principali obligatione, prorsus & penitus non obligari, sed *non omninò*, h. e. nõ in solidum obligari: siquidem qui obligetur in eam summam, quæ revera debetur, &

quæ interrogatione est expressa. In quam sententiam facere arbitrãtur *l.1.§.si stipulanti.h.t.* deinde quod Haloander legit, *non omnino obligari:* tertiò vb. *omnino non*, & *non omnino* pro eodem sumuntur: ut & *omnes non*, pro eo, quod est, *non omnes*, veluti *in l.si servus 9.ff.si quis caution.judic.sisten. Duaren.in d.l.1.§.si stipulanti.* Quintò, quod *in leg.4.ff.manda.* responsum est, *Proculum rectè sentire, usq; ad eam quantitatem mandatarium agere posse, quæ intra mandati fines continetur:* Ergo à pari si in plus fidejussit aliquis, quàm reus principalis debet; non penitus inefficax erit obligatio, sed quatenus summam debitam excessit. Sextò, quòd *in l. rogatus 33. ff.manda.* Julianus ait, *qui fidejussit in majorem summam, quàm rogatus erat, non habere mandati actionem,*
76 *nisi in eam summam, de qua erat rogatus.* † Cæterùm magis est, cùm aliquid adjicitur, vel detrahitur interrogationi, vel ei quod revera in interrogatione esse debuit, vitiatam censeri fidejussoriam stipulationẽ, nisi ilicò diversitas respõsionis placeat, ut tum in eo contracta sit, quod revera est in obligatione principali, atq; ita etiam in interrogatione cõcepta, ac responsione declarata per approbationem subsecutã. Nam illud etiam in diei, in loci, in cõditionis, in rei adjectione obtinere *ex d. l. Græcè 8. §. item accepto. §§.*
77 *seqq.l.fidejussor 16.§.1.ff.de fidejuss.* claret.† Deinde facilè omnes permittent, Florẽtinam lectionem, *eos omnino non obligari*; utpote, quæ etiam vulgaris & in omnibus fidedignis exemplaribus recepta, præferendam esse Haloandrinæ, quę ut aliâs sæpè, sic & hîc vitiosa est, ex cerebro Haloãdri justâ exemplarium fide carentis nata. Qua posita lectione, verius est, nõ oportere ita sensum Ulpiani pervertere, ac si *omnino non* dixisset pro eo, quod est, *non omnino:* Etenim hæc

mul-

multum inter se differre, publicè & classicis autorib. notum est & patet *in §. præterea. Inst. de except. l. testam. 17. §. 1. ff. de testam. tutel.* si conjungatur *l. si non in sortem. §. indebitum. ff. de cõdict. indeb.* Nec par ratio est ejus sermonis, *potest non facere, omnes non steterint:* cum hoc, *omnino non.* † Præterea ea prævalet interpretatio, quæ 78
ex usu ejusdem loquentis desumitur, *arg. l. cùm de lanionis. §. 1. ff. de fund. instruct. instrum. leg.* At idem Ulpian. *in l. si non sortem 26. §. indebitum. ff. de cond. indeb.* hæc verba *si omnino non debeatur,* hac significatione profert, ac si dicas, *prorsus non debeatur: nihil debeatur,* & rursum *in l. stipulatio ista 38. h. t.* Ergo quod hîc quoq; in eadem significatione protulerit, lõgè est probabilius. In quã sententiam multa alia faciunt jura, de quibus *Jas. ad l. pen. nu. 6. C. de pact. Andr. Tiraq. ad l. si unquam. verb. revertatur. nu. 76. 77. 78.* Quod si ergo vera hæc est *d. l. Græcè. §. illud commune. vers. omnino non obligari.* sententia, ut revera est: utique hoc confirmabit, quod intendimus. Quod *ex d. l. 4. & l. rogasti 33. mand.* adfertur; huc non pertinet. Non enim hîc quæstionis est, utrum intra fines mandati fidejusserit, & quatenus fidejussori competat mãdati actio adversus reum principalem, postquam solvit: sed utrum in plus fidejubẽs, quàm est in principali obligatione, obligetur. & hoc negamus *per d. l. Græcè. §. illud. d. l. fidejussor 16. §. 1. de fidejuss. per d. l. 1. §. cùm adjicitur. h. t.* tum quia vitiata est forma, deficiente proprio hujus stipulationis fine; tũ quia vera *d. §. illud.* interpretatio efflagitat. Qui autem rogatus est, ut in certam summam pro reo fidejubeat, si in majorem fidejubet, nõ id promittit, quod reus non debet: sed in majorem ejus debiti quantitatem intercedit, quàm rogatus est. † Deniq; in hanc sen- 79
tentiam facit *l. si ita stipulatus 120. h. tit. Si ita,* inquit

Papin. *stipulatus fuero:* HANC SUMMAM CENTUM AUREORUM? &c. Hîc ostendit Pap. perspicuè detractionem quantitatis nullam reddere stipulationem, sive illa re ipsa fiat, sive verbis promissoris, nisi hæc deminuta & minor summa promissa ilicò placeat stipulatori. † Nec obest, quod plerique respondent *ex l. si servus 108. §. qui quinque. ff. de leg. 1.* textum sic exaudiri oportere, si nihil sit de centum aureis, tum stipulationem esse nullam: quod si pars aliqua inveniatur, in eâ stipulatio valeat, quia & legatum valet. Sed alia ratio est *d. l. si servus 108. §. qui quinque.* ubi certa demonstratione, tanquam corpus, decem, quorum quinque tantùm erant, legabantur & promittebantur: Idem verò casus *in d. l. si ita stipulatus 120. h. tit.* non est: quippe *centum aureos*, ut summam, stipulabatur. † Non obstant quæ à Donello, Alcia. Zas. & aliis suprà sunt allata. Nam quod ad primum attinet argumentum, negatur minor: nec confirmatur duplici illo prosyllogismo. Primò enim falsum est, si à te *viginti* stipuler, tot esse stipulationes, quot sunt in *viginti* minores summæ; puta, quot *decem*, quot *quinque*: sed una est stipulatio, uti una etiam summa est. Idem judicium esto, si à te *decem* stipuler, tu *quinque* respondeas. Non enim eandem quam te interrogavi summam, sed aliam promittis: & vice versa. Nam quod dicitur, tot esse stipulationes, quot sunt res & summæ, ita demum verum judicatur, ubi res vel summæ exprimuntur stipulatione: Cæterùm si non fuerint distinctæ & expressæ, una est omnium stipulatio, *l. scire debemus 29. ibid. Donel. num. 2. 3. hoc titul. l. quod dicitur 86. h. t.* Perabsurdum enim est, tot numerare summas & tot cogitare stipulationes, quot nummi sunt. *dict. leg. scire debemus 29. h. tit.* Itaque ipse

Donell.

Donell. *d. num. 3.* fatetur: si *decem* stipuler, non esse nisi unam stipulationem: si *quinque & quinque*; aut, si *decem & quinque* stipuler, jam tandem duas esse stipulationes. Quod si verum est, certè si *decem* stipulanti, respondeam *quinque*; detraxisse: si verò *viginti*, adjecisse videbor. Sic & alter prosyllogismus evertit per *d. l. 1. §. diem. ff. de edend.* & per modò positam declarationem *ex d. l. scire debemus 29. & d. l. quod dicitur 86. h. tit.* petitam. Apertè *in d. l. 1. §. diem.* Ulp. ait: dies solutionis sicut summa pars est stipulationis: argumēto à simili ab eo, de quo minùs dubitabatur, assumto, ad arguendum id, de quo dubium erat, utrū esset pars stipulationis: Assumit autem hoc argumentū Ulp. à summa, quòd sicuti summa pars est stipulationis, sic etiā dies solutionis sit. Tātum ergo abest, ut ex hoc loco probetur, non ut dies, ita & summa pars esse stipulationis: quin doceatur, utrumque esse. † Deinde 82
quinque solidi decē solidis insunt indiscretè, & pro indiviso: nam si pro diviso quinque ponantur, non insunt; cùm per se totum esse incipiant numerale: & cæteri quinque separati per se etiam consistant: nec rursum decem facient, nisi in eandem summam conjungantur. *argument. leg. rectè dicimus 25. in fin. cùm ibi not. a. ff. de verbo signif.* Itaque si, *decem?* interroganti *quinque* respondeas, non respondes idem, quod interrogatus es, & toti, quod in interrogatione est, partem detrahis: vice versa, si *viginti* respondeas, addideris: & per consequens alter ille Donelli prosyllogismus non procedit. † Ad secundū ejus argumen- 83
tum accedo: quod iisdem rationibus, quibus proximè antecedens argumentum destruitur: Deinde ex ea responsione incongruâ arguitur diversitas mentis, ut ne quidem in decem videatur consensisse, qui

aliam respondet summam, quàm interrogatus est: nisi stipulatori annuēte promissore illicò diversitas responsionis arrideat. Neque sequitur: nemo ad id potest respondere, ut cum effectu de eo obligetur, de quo nō est interrogatus: ergo, quo ad decem, valet ipso jure stipulatio sine approbatione: & quo ad decem est nulla. Etsi quidem hoc posterius non negatur, tamen non continuò prius illud consequētis membrum permittitur verum esse: imò verò dicendum erit, ne quidem quo ad viginti ipso jure subsistere: quia viginti non est interrogatus, sed decem: nec in viginti decem insunt, ut separata summa, sed tanquam pars indiscreta. *d.l.1.§.diem.ff.de edend.* parte verò detractâ vel adjectâ stipulatio vitiatur. Deinde negatur etiam minor: Etsi quidem dicitur, utile per inutile non vitiari, *l.1. §. pen. h.tit.* illud tamen absolutè verum non est, sed ita demum, si inutile sit separatum & distinctum: ut exempla, de quibus postea, indicant. Tertii quoq; minor laborat eodem morbo, quo duo prosyllogismi primi argumenti: & per consequens negatur. Nam etsi bis decem insunt viginti: non tamen insunt discretè, sed indiscretè. Major autem loquitur de rebus discretis. Quarti argumenti infirmitas quoque ex eo relucet, quod suprà de tempore diximus: item quòd eadem ratio corruptæ formæ & consensus certat in summæ inæqualitate, quæ in temporis inæqualitate. Itaque major negatur: quæ nititur spuria temporis ac summæ differentia. Deinde falsa etiam est diversitatis illa ratio. Nam si verum esset, ita consensum contrahentium non conjungi, sed in pendenti esse, sicut est ipsa obligatio, sub conditione contracta; eveniret, ut nulla stipulatio posset sub conditione

vel

vel in diem contrahi: quia distraheret consensum eumque faceret pendentem: sine quo sanè nulla contrahi potest stipulatio: *ut cap.1. vidimus*: Sed hoc posterius falsum est: igitur etiam prius. Quinti argumenti fallacia est in æquivocatione vocis *discreti & continui*. † Tempus quidem, quia perpetua est 84
duratio, continuum dicitur, non quòd nullas prorsus partes intellectu habeat; cùm sit fuisse, esse, fore, autore Jul. Scalig. *exercit.363.ad Cardan.* sed quia tempus tantum est, quantus est motus inter ubi & ubi in loco; ideoq; propriè tempus erit nunc fluens; *Scalig.352.* Totum autem numerale hujus continui intuitu dicitur discretum, non quòd discretis pro divisо partibus illis constet; sed pro indivisis: Nam si divisis, non totum amplius esset viginti constans: sed plura tota ex uno toto facta; *juxta d.l. rectè dicimus 25.§.1.ibi nota.de verb. signific.* Itaque licet minor suo modo vera sit, tamen discretam quantitatem oportet accipere non pro divisо, sed pro indivisо. Qua admissa declaratione apparebit, non rectè ex promissis colligi conclusionem, ut quæ plus habeat quàm est in præmissis: nam & illæ partes indiscretæ in quantitate sunt inseparabiles hactenus, dum pro indivisо partes sunt. † Quod sexto loco adducitur 85
ex l. si ex toto 8. ff. de leg. 1. nullius momenti est. Nam primùm concessо, quòd in cæteris rebus, adeoque etiam in corporibus idem sit, non tamen convincitur inde; si major vel minor quantitas respondeatur, quàm est in interrogatione, ipso jure firmã esse stipulationem, tametsi non ilicò placeat diversitas responsionis. Imò verò *d.l.si ex toto 8.* retorqueri potest. Docet enim, testatorem alienando rem legatam ademisse videri pro ea parte, qua alienauit: quia

si quid ei adjeciſſet, hoc quoq; legatario cederet. Sed cur hæc ita? Nempe quòd in reliquo quod nõ alienavit, duret voluntas: & si auxit, voluerit partem toti cedere. Quod si manifeſtò de diverſa voluntate docerctur, ſecus eſſet: Ergò & in ſtipulatione de voluntate durante apparere oportet ex ipſa con-
86 ventione. † Quod *in d.l. inter ſtipulantem 83. §. ſi ſtipulante me. hoc tit.* proponitur, non eò ſpectat, quaſi adjectio vel detractio ſummæ non vitiet ſtipulationem, ſicuti ſi res rei addatur vel detrahatur: ſed ad incerti & ambigui promiſſionem, quæ naſcitur ex ex disjunctione, id eſt, alternativa duarum rerum vel ſummarum: hanc faciliùs ad certitudinem redigi in ſummarum alternatione, quàm in disjunctione duorum corporum oſtendit ex eo, quòd ibi ſit inter majus & minus electio, hîc non ſit. Diverſa igitur cauſa ſummarum non eſt in complacentiâ (ut Interpp. loquuntur) ſed in hac ambigui facilio-
87 re explicatione. † Poſtremum eò ſpectat, quòd in alternativis & aliis promiſſis dubiis & obſcuris ſemper faciemus interpretationem de eo, quod minus eſt. Neq; enim tractatur de ea reſponſione, qua quid additum detractumq; eſt interrogationi: ſed de ſimplicis reſponſionis alternativæ interrogationi ſubditæ interpretatione: Atque ita extra hujus quæſtionis verſatur campum. Hactenus de ſummis &
88 quantitatibus. † Reſtat de ſpeciebus ſive corporibus diſpicere. De iis ſic loquitur Ulpianus *in d. l. 1. §. ſed ſi mihi. hoc tit. Sed ſi mihi Pamphilum ſtipulanti, tu Pamphilum & Stichum ſponderis: Stichi adjectionem pro ſupervacuo habendam puto.* Nam ſi tot ſunt ſtipulationes, quot corpora, duæ ſunt quodammodo ſtipulationes, una utilis, alia inutilis: neque vitiatur utilis per

hanc

hanc inutilem. Idem est quod *in l. inter stipulantem. §. si stipulante me. vers. item si ego plures. hoc tit.* Paulus respondit. Quid igitur? dicendúmne est, totam stipulationem corrumpi, nisi diversitas responsionis ilicò placuerit? Id communi calculo negant, asserentes, quoties duæ copulativè res in interrogatione vel responsione ponuntur, ipso jure sine omni approbatione ulteriore valere: si verò alternativè, tum nullam esse, nisi ilicò placeat diversitas illa responsionis *per dict. leg. inter stipulantem 83. §. si stipulante me.* Nituntur hac ratione, quod in vulgaribus exemplaribus legitur, *Sed etsi mihi Pamphilum, &c. in dict. leg. 1. §. sed si mihi, hoc tit.* ut ita copuletur hic §. cum proximè præcedente. Sicut ergò proximè præcedens non debet referri ad regulam, quæ est *in dict. §. cùm adjicitur*: ita nec hic *§. sed etsi mihi.* Deinde quando duæ res in interrogatione & responsione copulantur, planè eadem est ratio, quæ majoris & minoris summæ; nempe ut tot sint stipulationes, quot res, quot summæ. Ideoq; unâ earum vitiatâ, non intelligetur altera vacillare: ut nec vacillat stipulatio majoris summæ: ad quam de minore responsum est: & vice versa. Quando autem per alternationem de duobus interrogatus unum se daturum respondeat; aut vice versa; vel copulativè respondeat? aut contrà conjunctim interroganti promittat per alternativam; videtur in hac alternatione conditio adjecta tacitè: quasi dicat, si hunc non dabis, tum illum dabis? & vice versa, si non hunc, tum illum dabo, &c. *per dict. leg. inter stipulantem 83. §. stipulante me. ubi Dd. & in dict. leg. 1. §. sed si mihi. Alciat. Zas. Donell. hoc titul.* ideoque propter hanc adjectam vel detractam conditionis qualitatem, idem erit, quod *in §. si quis*

simpliciter.in d.l.1. h.t. respōsum est, scil. ut vitiata intelligatur stipulatio, nisi respōsionis diversitas ilicò placeat. *Donell. in d. §. sed etsi quis. num. 8.* Tertiò Ulpian.in hac *l.1.§.sed si mihi.h.t.*non ut *in §.si quis simpliciter.*dicit, vitiari stipulationem,nihil agi: sed discretè affirmat valere quo ad id, de quo interrogatus respondit, resecato eo, quod aut in interrogatione, aut respōsione non fuit. Ideoque duplici alia utitur regula Ulpian.quarum prima est: *tot sunt stipulationes, quot res*: altera: *utile per inutile* (separatum scilic.) *non vitiatur.* † Cæterùm mihi videtur idem esse, quòd de præcedente §. affirmavi: nempe propter adjectionem rei ad rem ejusque in interrogationem deductæ detractionem, ipso jure vitiatam esse stipulationem, nisi ilicò dissensus ac dubii tollendi causa placeat respōsionis diversitas: tum etsi maximè largiatur,hunc §. cum proximo *§.si stipulanti.*cohærere;tamen jam obtinuerit,si quid summæ adjectum detractúmve sit per respōsionem, regulariter vacillare obligationem, nisi approbetur respōnsi diversitas, ut impedimento amplius non sit: tum quòd eadem pugnet ratio dissensionis, & quòd ad interrogata respōnsum nō sit. Quid enim, si tu à me stipuleris *Pamphilum servum meum*, quo minimè possum carere, idq; tu non ignores? vel putem te non ignorare? An non manifesta dissensio, si exprobrandi hujus tui intempestivi desiderii causa interroganti tibi respondeam,*me utrumq; quem habeo servum daturum?* Quod autem JCtus Ulpian. *in d.§.sed si mihi.* duplicem aliam decisionis vice regulam adjicit,non ea mente fit, ut nec *in §. si stipulanti.* quasi altera illa *in d. §. cùm adjicitur.* regula cum sua declaratione ad has facti species non pertineat: sed

89

ideò,

ideò, ut ostendat aliquid adjectum detractúmve esse, non aliud pro alio responsum, non sublatum penitus per responsionem quod fuit interrogatum: diversam esse ab interrogatione responsionem, ut per approbationem diversitatis possit valere, non contrariam esse; quæ si esset, nullo modo posset approbari placito subsecuto. Quæ cùm ita sint, manifestum evadit, hanc, quam nunc investigamus conclusionem *ex d. §. cùm adjicitur.* depromptam, tam ad res sive species & summas sive quantitates, quàm ad diem & conditionem adjectam detractámve pertinere. De illis regulis *majori summæ minor inest*: item, *utile per inutile non vitiatur*: multa quidem Dd. sed non sunt jam nostri propositi. Consectarii vice hinc tandem illud elicitur.

I. CONSECTARIUM. † *Si aliud pro alio respondeatur, veluti si mihi* STICHUM *stipulanti, tu promittas* ÆDES SEMPRONIANAS: *vel interroganti mihi* DECEM DABIS? *respondeas,* STICHUM DABO; *adeò nullam esse hanc stipulationem, ut ne quidem per approbationem diversitatis illius convalescat.* Dd. omnes *in d. l. i. d. §. cùm adjicitur. & in d. §. sed si mihi. h. t.* † Ratio est, quia, qui non idem respondet, quod interrogatus est, perinde habetur ac si nihil respondisset. *d. §. præterea. Instit. de inutilib. stipulat.* Deinde qui aliud pro alio respondet, non diversum ab eo, quod interrogatus est, sed planè contrarium ei responsum. Mutat enim subjectum, ex quo debebat obligatio substantiam capere. Propterea si liceret aliud pro alio ita respondere, ut illud ex subsecuto placito confirmetur, posset aliquid ex stipulatione deberi, quod in eam prorsum nō fuisset deductum, cui planè definitio & formalis ejus substantia repugnat. † Deni- 90 91 92

que in arbitrio promissoris esset, ut ex ejus voluntate possit statum capere, quod jura non permit-
93 tunt. *l. à Titio 108. in fin. h.t.* † Neque obstat *l. quæ extrinsecus 65. §. 1. h.t.* ubi Florentin. *Sed etsi in rei, quæ promittitur, aut personæ appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo obligaveris: & servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit* (de quo servus stipulans sentit) *daturum te spondeas, obligaberis.* Etsi quidem diversitas quædam est in primo exemplo, tam quo ad rem ipsam, quàm quo ad ejus appellationem: in posteriore verò tantùm, quo ad appellationem: utroque tamen casu non aliud pro alio, sed diversum quid responsum fuit. Itaque si statim apparet de mutuo consensu, & quòd neuter propter hanc diversitatem appellationis, vel qualitatis dissentiat ab altero, meritò valebit stipulatio.

94 II. CONSECTARIUM. † *Diversitatis illius approbatio non prorsus novam constituit stipulationem, sed eam, quæ facta est, declarando & interpretando validam docet, quasi quæ obscura fuisset, si per hanc approbationem explicata, & valida declarata.* per *d. l. 1. §. cùm adjicitur. in fin. h. tit. ubi in §. si quis simpliciter. Alciat. num. 26. & seqq. Zas. num. 19. & 20. post Bartol. Bald. Jas. & alios. ibid.* Nam & aliàs receptum est, quicquid ita alicui additur vel detrahitur, ut substantiam ipsam rei non alteret, mutet, transmutet: sed extrinsecus accidat formæ vel qualitati, novum actum non efficere: sed eum, qui est, declarare, interpretari, amplificare vel coarctare, &c. *l. denunciasse. §. quid tamen. ubi Bartol. ad leg. Jul. de adulte.* quod multis exemplis declarat *Alciat. in*
95 *utraque lectu. ad dict. leg. 1. §. si quis simpliciter.* † Neque facessit negotium, quod *in d. l. 1. §. cùm adjicitur.* Ul-

pia-

pianus ait: *tunc enim alia stipulatio contracta videbitur:* non alia nova, & ab hac numero & re distincta, sed numero eadem quasi nova, *arg. l. 7. §. adeò. ff. de pact.* quasi dicat, non illa, quæ nulla, quæ obscura, quæ ambigua videri poterat, putabitur contracta; sed longè alia, nempe talis, quæ nunc ex hac diversitatis complacentia, certa, indubitata, clara, perspicua ac firmissima ostenditur. Tollit siquidem hæc complacentia disparitatem interrogationis & responsionis: imò sic declarat, quasi recēs ac nova hæc obligatio, talis semper fuerit: & quî poterit hîc numero alia nova à priore contracta videri, quæ hoc uno eodemq; actu fit & per complacentiam perficitur. Imperfectior quidem & incerta erat propter diversitatem responsionis: sed hanc imperfectionem & incertitudinem removet, & ad perfectionem certitudinemq; reducit placitum illud ilicò subsecutum. Igitur cùm ex hac reductione perfectionis certa ac solida stipulatio esse appareat, inde est, ut appelletur nova nunc stipulatio, quæ alioquin ob consensus incertitudinem stipulatio prorsum non fuisset. Nec obstat etiam, quod Alciat. *ex l. jus autem civile de justit. & jure* deprōpsit: *Si in aliquo mutetur vel declaretur jus gentium, ut ex ea declaratione vires habeat & perficiatur: desinere jus esse gentium, ac fieri jus civile:* Idem quoque si actus aliquis confirmatorius contractui accedat, fit novus contractus. Nam illud antecedens absolutè verum non est *ut cap. 1.* declaratum.

III. CONSECTARIUM. † *Illud saltem per hanc diversæ responsionis approbationem confirmabitur, ut ex stipulatu debeatur, quod utrâq; stipulationis parte, non quod alterutrâ tantùm continetur:* per *d. l. 1. §. si quis simpliciter. §. si stipulanti. §. seq. h. t. utrobiq; Dd. omnes. dict. l. inter stipulan-* 96

pulantem. §. si stipulante. d. l. si ita stipulatus 109. h. t. gloss. In-
97 *stitut. de obliga.* † Nam de quo quis interrogatus non est, vel de quo non respondit, nequit videri in stipulationem deductum. Si tamen placeat, ut quod adjectum est per responsionem, etiam debeatur, nō dubitaverim affirmare, deberi ex stipulatione, non quòd insit stipulationi ipso cōtractu, sed vi pacti in continenti additi; modò eo animo hoc pactum subsecutum sit, ut stipulationi, tanquam pars ejus, inesset: *argum. l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si tibi decem 51. ff. locat. l. 9. §. fin. l. seq. l. rogasti. ff. de reb. cred. si cert.*
98 *Zas. in d. l. 1. §. si stipulanti. num. 5. vers. ego quamvis. h. t.* † Et illud est quod fortasse minus aptè loquens Bartol. voluit *in l. scire debemus 29. h. t.* quòd stipulator non possit ejusmodi summam petere, ut promissam, sed
99 ut debitam. † At objecerint Cujac. Donell. & alii, pacta in continente subsecuta inesse quidem bonæfidei contractibus, non autem strictis. *l. 7. §. quinimò. de pact. l. in bonæfidei. C. eod.* Sed de ea quæstione alio loco magis opportuno.

100 IIII. CONSECTARIUM. † *Sive verbis, sive certis aliis & infallibilibus placiti signis & argumentis hæc diversitas responsionis ilicò placeat, semper probandum est, vires accepisse stipulationem. per d. l. 1. §. cùm adjicitur. h. t.* Bart. Jas. Alciat. *in d. §. si quis simpliciter. numer. 26. in prima lect. & Aven. num. 17.* Zas. secuti Johan. Fab. *in §. præterea. In-*
101 *stit. de inutil. stipulat.* quidem contendunt, † oportere hanc approbationem verbis fieri, cùm contractus sit verborum, qui hoc placito reparari debet, omneq; surrogatum sapere naturam ejus, cui surrogatum est. *l. si eum. §. injuriarum. ff. si quis caut. judic. sist. l. 1. C. de dot. promiss.* Sed & textu carent, & legitima ra-
102 tione. † Saltem requiritur, ut placeat ilicò: placere

autem

autem necessariò verba non desiderat, ut patet *ex l. 1.l.2.l.3.l.7.§.quod ferè.ff.de pact.cum similibus.* Neque etiam hoc placitum surrogatur in vicem interrogationis vel responsionis; sed, ut sæpè dictum est, tollendæ dubitationis & disensus causa.

V. CONCLUSIO.

ETsi † quidem nullibi prohibitum sit, in stipulatoris arbitrium conferre stipulationis robur, tamen disertè cautum est, ut nulla promissio consistat, quæ ex voluntate promissoris statum capiat. 103

l.stipulatio 17. ubi Alciat. Zas. Donell. Cujac. l. à Titio 108. in fin. ubi Jas. hoc tit. l. sub hac 8. ff. de action. & obligat. † Et quod ad primam conclusionis partem attinet, etsi Accursius id in dubium vocare & statuere videatur; imò nec in stipulatoris arbitrium conferri posse: tamen Alciat. *in d.l.stipulatio 17. & d.l.à Titio 108.§.fin.h.tit.* communem secutus hac in parte ab Accurs. recedit. Nam & in legato receptum est, ut quamvis ejus firmitas & status nequeat conferri in arbitrium heredis, tanquam debitoris & promissoris, an rem legatam velit nec ne? *l.senatus 43.§. legatum. ff. de legat.* rectè tamen arbitrio legatarii, tanquam creditoris, permittitur. *l.si ita legatum 65.§.illi si volet. ff. de leg. 1.* A legatis autem & fideicommissis rectè ad stipulationem argumentamur, nisi in illis speciebus, in quibus disertè aliud cautum reperimus: *ut suprà ex l.si divortio 21.h.t. & inf. prolixiùs ex l.si ex legati 23.l. eum qui 56. l.inter.§.sacram.§§.seqq. l.multum interest, l.si servum 91. hoc tit. & multis aliis.* † Bald. tamen aliter excusat Accurs. quasi non dissentiat à communi, sed hoc velit distinguendum esse, an in arbitrium stipulato- 104 105

ris reponat, velítne reum sibi obligatum esse: an verò executionem stipulationis istius arbitrio permittat: priore casu vitiari; quia in præsenti non conjungitur consensus stipulatoris cum consensu promissoris, sed differtur, donec velit stipulator: quam sententiam quoque Jas. & Raph. Fulgos. ibid. am-
106 plectuntur. † Sed hæc distinctio partim ridicula est; cùm certè in præsenti animum acquirendi obligationem habeat stipulator: quem si non haberet, nõ interrogaret animo stipulandi: partim quoq; repugnat ei, quod de legato diserte expressum est *in d. l. si ita legatum 65. §. illi si volet.* nec diversum circa stipulationem specialiter cautum invenimus. Itaque hac in
107 parte à communi recedendum non est. † Alterum hujus conclusionis membrum non levibus fulcitur rationibus: tum quia consensus promissoris suspenderetur in aliud tempus, & ita stipulationis substantia sive forma corrumperetur, & actus stipulandi promittendiq; divideretur in plures: tum quòd repugnaret obligationis definitio *in §. 1. Inst. de oblig. autore Jas. in d. l. à Titio. §. fin. h. t.* quippe si penderet ejus status ex arbitrio promissoris, non adstringeret eũ necessitate juris. *d. l si volam 8. ff. de act. & oblig.* Unde hanc conclusionem in tantum arbitrantur veram Jason & Alciat. *in d. l. à Titio 108. §. fin.* ut nec ex traditione subsecuta censeant robur accipere, nec dici revera posse, rem ex stipulatione debitam tradi: quia revera non fuit stipulatio, quæ debitâ stipula-
108 tionis formâ caruit. † Nec audiendus est Bald. diversum statuens, quasi subsecutâ traditione censeatur se purè obligasse promissor, *arg. l. fin. in fi. ff. de vulg. & pupil. & d. l. sub hac 8. in fin. ff. de act. & oblig.* quasi cessaret ratio illa *in dict. l. 8. in fin.* assignata, *si traditio secuta*

sit.

sit. Nam adhuc illud verum permanebit, stipulationem non esse contractam, quæ ab initio non constitit. An enim contractus valeat nec ne, & quis sit contractus celebratus, initium, non eventum inspicimus. *l. 8. ff. mandat. l. 1. §. idem Pomponius quærit. ff. depos.* Unde nec cum Alciato distinguendum puto inter alios contractus, & stipulationem, *per d. l. sub hac 8. ff. de act. & obl.* Hanc enim distinctionem planè jugulat *d. l. sub hac 8.*

DE FINE STIPULATIONIS.

CAPUT V.

FInis sive *τέλος πολικὸν*, & *χρῆσις*, hæc ipsa causa est, cujus gratiâ quidpiam est, seu propter quam unumquodque illud est, quod est, ut Logici explicant. Sed etsi quarundam rerum unicus est tantum finis, frequentiùs tamen plures existunt: quod & stipulationi accidit. Verùm ex his unus est principalis, qui & extremus, ceu summum hujus contractus bonum, quod sibi propositum habet: cæteri omnes sunt subordinati iiq; proximi vel remotiores. De his quantum fert imbecillitas nostra, in hoc capite, ordine rei sic postulante, agemus.

SUMMÆ.

1 *Finis stipulationis principalis est, ut per eam verborum conceptionem sit negotium de dando faciendóve contractum.*

2 *Is finis hujus contractus est proprius.*

3 *Eo differt à cæteris conventionibus.*

4 *Hunc finem consequitur principaliter & per se, aut accessoriè.*

5 *Cur stipulationes inventa.*
6 *Propria forma consistit etiam ea, quæ alii contractui accedit.*
7 *Per se igitur semper existit, licet respectu subjecti, quandoq; rectè dicatur accessoria.*
8 *Sententia l. 5. vers. conventionales. h.t.*
9 *Absurdum est accessorium confirmare principale.*
10 *Quæ sit stipulatio principalis.*
11 *Per se subsistit, remissivè.*
12 *Accessoria stipulatio quæ.*
13 *Quid sit satis accipere.*
14 *Est relatum verbum satisdationis.*
15 *Cui dicamur satisfacere & satisdare.*
16 *Differentia inter sponsorem, promissorem, adpromissorem, itemq; expromissorem.*
17 *Quid fidejussio & fidejussor.*
18 *Fidejussio sine stipulatione non contrahitur.*
19 *Quis mandator.*
20 *Fidejussor & præcedere & sequi potest obligationem principalem.*
21 *Mandator est etiam, qui ex postfacto ratum habet.*
22 *Consideratio l. si mandavero. 22. mand.*
23 *Consideratio l. 4. § fin. de fidejusso. & nomina. tut.*
24 *An oporteat fidejussorem esse rogatum.*
25 *Mandati actio datur fidejussori.*
26 *Sponsor à sponte dictus opponitur fidejussori.*
27 *& 32 Consideratio l. qui fide. 53. manda.*
28 *Fidejussor etiam est, qui animo gerendi negotium intercedit.*
29 *Fidejussor est, etiamsi ipse neq; mandati neq; de negotio gesto agere possit.*
30 *Fidejussor à fine hujus obligationis nomen sortitur.*
31 *Sponsoris nomen genus est. fidejussor speciei nomen.*
32 *Ut num. 27.*
33 *Satisacceptio à fine appellatur.*
34 *Utraq; stipulatio fit simpliciter, aut novandi causa.*
35 *Differentia inter simplicem stipulationem & novationem.*
36 *Veterum dubitatio de novatione ex l. si Stichum 8. § si quis ita. de nova.*
37 *Novatio sub conditione facta, non prius efficit novam obligationem, quàm si conditio existat.*
38 *Sunt, qui novationem tantùm principalis, non etiam fidejussoris*

jussoria stipulationis esse putant.

39 *Urgent hi ordinem titulorum.*

40 *Etiam per fidejussionem novatio induci potest.*

41 *Regula standum, donec exceptio doceatur.*

42 *Quæ in l. fin. C. de nova. traduntur.*

43 *Casus quidam, circa quos veteres dubitarunt, an fieret novatio, vel fidejussio.*

44 *Jus novum, quomodo & quando permittat novationem fieri.*

45 *Illa veterum dubitatio non probat, novationem nullam posse esse in fidejubendo.*

46 *Sublato principali tollitur accessorium.*

47 *Argumentum ab ordine titulorum non est perpetuum: & retorquetur.*

48 *Novatio diverso respectu est stipulatio seu contractus, & solutio.*

49 *Quid sit novatio.*

50 *Stipulatio numerationi addita impedit ex numeratione oriri obligationem.*

51 *Numeratio est actus æquivocus.*

52 *Conciliatio l. 6. §. 1. l. seq. de nova. & l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonius. h. t.*

53 *Consideratio l. 6. § 1. l. seq. de nova.*

54 *Pœnalis stipulatio subdita, propriè non efficit novationem.*

55 *Quo sensu accipienda l. obligationem fere 44. §. fin. de actio. & obligat. & l. si ita 115. § fin h. t.*

56 *Alternativa promissio non est novatio.*

57 *Qualibet stipulatio à fine suo æstimanda.*

58 *Consideratio l. 1. de penu leg. & l. si penu 24. quand. dies leg.*

59 *Bartolus distinguit inter causam onerosam & lucrativam.*

60 *Sed rejicitur.*

61 *Non omne transfusum est novatio.*

62 *Hac in re dispar ratio est legati & stipulationis.*

63 *Convenire licet ut pœna petatur, rato manente pacto.*

64 *Nec hic distinguendum inter stipulationem dandi & faciendi.*

65 *Ex stipulatione faciendi id, quod interest, ab initio principaliter non debetur, sed sub conditione tacita.*

66 *Pœnalis stipulatio non est obligationis in aliam transfusio, sed alternatio.*

67 *Consideratio l.9. §.pen.& ult. l.seq. L. singularia. de reb. cre. si cert. petat.*

68 *Antinomia l. qui negotia mandati. remissivè.*

69 *Consideratio l. Stichum 95 § aditio. de solutio.*

70 *Novatio alia est voluntaria, alia necessaria.*

71 *De voluntaria convenit.*

72 *De necessaria dubitatur.*

73 *Consideratio l. aliam. de novatio.*

74 *Consideratio l. 1. C. de jud. l. ult. versic. & ideo. C. de usur. rei jud.*

75 *Litis contestatio novat actionem, ut ex temporali fiat perpetua.*

76 *Ut ex pœnali etiam hæres teneatur.*

77 *Litis contestatio est contractus quidam.*

78 *Sequestrum aliud voluntarium, aliud necessarium.*

79 *Consideratur rursum l. aliam. de novat.*

80 *Scire leges quid sit.*

81 *& 84. Accurs. sit argumenta removentur.*

82 *Litis contestatio an propriè novatio.*

83 *Alii putant quibusdam casibus esse novationem.*

84 *Ut nu. 81. & judicatum non novat, sed novationem per litis contestationem inchoatam ac factam continuat.*

85 *Quo animo lis suscipiatur.*

86 *Differentia novationis voluntaria & necessaria.*

87 *De voluntaria agit Justin. in l. fin. C. de novatio.*

88 *Animus novandi est iis, qui litem contestantur.*

89 *Quid sit voluntaria, quid necessaria novatio.*

90 *An voluntaria fiat per solam stipulationem.*

91. & 94. *Consideratio l. si mandatu 45. §. fin. mand.*

92 *Particula, quia, pro si, posita.*

93 *Plenè non liberatur debitor, si creditor nomen accipit periculo delegantis.*

94 *Agere & egisse dicitur, qui litem contestatus est.*

95 *An Sebast. Medic. rectè dicat, voluntariam novationem quandoq; etiam fieri per litis contestationem, ut si quis sponte & sciens alienam litem suscipiat, eamq; cum actore contestetur.*

96 *Necessaria novatio dicitur, non quòd nihil voluntatis spontaneæ habeat, sed quòd ad eam invitus urgeri posset, si sponte nollet suscipere.*

97 No-

97 *Novatio voluntaria cum eodem, vel alio, vice veteris debitoris susc ipitur.*

98 *Consideratio §. praterea. vers sed si eadem. Instit quib. mod. tolli. oblig.*

99 *Veteris juris observatio.*

100 *Origo veterum dubitationum circa novationes.*

101 *Regula antiqua circa conjecturas, ex quibus colligebatur, utrum novatio esset facta.*

102 *Hac sublata, novam substituit regulam Justinian. in l. fin. C. de novat.*

103 *Hodie iis casibus, quibus olim tacitè novatio ipso jure inducebatur, ne quidem per exceptionem defenditur.*

104 *Novatio cum alio quàm debitore initur simpliciter aut per delegationem.*

105 *Pro invito ut solvitur, ita & novatur obligatio.*

106 *Per delegationem quomodo fiat novatio.*

107 *Quid sit delegare.*

108 *Invitus invito non delegatur.*

109 *Novatio cum meo debitore facta nulla est, nisi ratam habeam: & ratihabitio retrotrahitur.*

110 *Simplex novatio potest pro tertio invito suscipi.*

111 *Invito aliud pro alio uti non solvitur, ita nec invito aliud pro alio delegatur.*

112 *Cur possim, invito & ignorante debitore, actiones meas creditori meo cedere, vendere, mandare, nec tamen invitum delegare.*

113 *Stipulatio est tam plurium, quàm singulorum reorum stipulandi ac promittendi.*

114 *Quis reus credendi, quis promittendi, sive debendi.*

115 *Est reorum appellatio generalis, & ad omnem contractum spectat.*

116 *Rei stipulandi & promittendi propriè sunt ex stipulatione.*

117 *Singulares stipulatores ac promissores, quomodo differant à correis debendi & credendi.*

118 *Definitio duorum reorum stipulandi.*

119 *Quatuor sunt, quæ duos reos stipulandi efficiunt.*

120 *Diversarum rerum, vel causarum etiam in eadem re stipulatio ab eodem per duos interposita, non efficit duos reos stipulandi.*

121 *Ut nec illi, quorum alter ejusdem rei usumfructum,*

alter dotis causa ab eodem stipulatur: nec si duo eundem usumfructum ejusdem fundi ab eodem stipulantur.

122 *Aliud exemplum.*

123 *Non sufficit mens, nisi etiam adsit negotii habilitas.*

124 *Exempla verænovationis.*

125 *Aliud exemplum.*

126 *Definitio duorum reorum promittendi.*

127 *Non eventus, sed initium cujusq; contractus spectandum.*

128 *Exemplum.*

129 *Quot res & summæ, tot stipulationes, nisi unâ comprehendantur stipulatione, tanquam unum corpus vel universitas.*

130 *Unde intelligatur hic animus.*

131 *Eadem forma stipulandi & promittendi.*

132 *An plures rei promittendi, possint esse alterius fidejussores: controvertitur.*

133 *Unus fidejussor potest à pluribus reis stipulandi accipi.*

134 *Plures confidejussores possunt unum accipere fidejussorem.*

135 *Statuunt vulgò, duos reos promittendi nullos esse, nisi principales.*

136 *Constitutum est contractus accessorius.*

137 *Duo rei debendi constituto fieri possunt.*

138 *Mandatores ejusdem pecuniæ sunt rei debendi plures, instar fidejussorum.*

139 *Rei debendi & credendi definiuntur ab unitate & paritate obligationis indivisæ ac solidæ.*

140 *Fidejussores plures divisim & in partes ab initio accipi possunt.*

141 *Hi sibi fidejussorem vel fidejussores accipientes, contrahunt duorum pluriúmve sæpe reorum obligationem.*

142 *Et ita duos reos stipulandi & promittendi etiam accessoriè dici.*

143 *Oportet plures correos eadem obligatione esse obstrictos, itemq; de eadem re in solidum.*

144 *Consideratio contrariæ opinionis, & quomodo alia sit fidejussoris obligatio à principali.*

145 *Utilitas præstationis diversæ, diversos facit reos.*

146 *Nomina specialia & propria arguunt quidem res specie differentes: sed non propterea generibus diversis subjiciuntur: cùm possint ejusdem generis videri.*

147 *Duo*

147 *Duo rei modò simpliciter sic dicti, modò confidejussores.*
148 *Reorum nomen tam fidejussoribus, quàm cæteris promissoribus & stipulatoribus competit.*
149 *Declaratio ex §. pen. Inst. de duob. reis.*
150 *An unquam liceat conclusionem negare.*
151 *Quomodo confidejussorum obligatio sit duorum pluriúmve reorum.*
152 *Argumentum ab ordine titulorum.*
153 *Ad promissores & adstipulatores qui.*
154 *Obligationis divisio inter fidejussores novum est beneficium.*
155 *Idem in confidejussoribus, quod in correis debendi.*
156 *Distinctio quæstionum.*
157 *Plures ejusdem pecuniæ mandatores & constitutores, ut rei sunt debendi, ita & confidejussores.*
158 *Correorum uni solventi actio non datur, nisi certis casibus.*
159 *Consideratio l. si duo 93. vers. item si duo. & seq. de solutio. & quòd confunditur obligatio, si fidejussor principalis aut contrà heres existat: non etiam si confidejussor confidejussori.*
160 *Hodie correi promittendi principales non aliter fiunt, quàm si hoc nominatim agatur: ubi Novell. 99. & verb. ἀλληλέγγυος declaratur.*
161 *Secundarii fines stipulationis circa contractus & judicia confirmanda versantur.*
162 *Non est parva ratio juramenti & transactionis cum stipulatione.*
163 *Ad judiciorum confirmationes etiam pertinere stipulationes ostenditur.*
164 *Omnis stipulatio est conventionalis, aut honoraria.*
165 *Utrum hæc divisio sit à fine vel causa efficiente.*
166 *Cur stipulatio honoraria sit conventio, & tamen species, opposita conventionali.*
167 *Quomodo quatuor species stipulationum ad hæc duo quasi genera revocentur.*
168 *Et cur necesse fuit appellare honorarias stipulationes.*
169 *Quatuor species à Pomponio enumeratas, ad dichotomiam revocare nihil prohibet.*
170 *Quid sint honorariæ stipulationes.*

171 Cur dicantur ex necessitate jurisdictionis proficisci.

172 Nolentes volentes cogimur has praestare cautiones, si adversarius nolit sponte remittere.

173 Cur hac coactio non tollat, neq; impediat consensum.

174 An hac definitio conveniat solis praetoris, vel etiam judicialibus & communibus.

175 Judicialis jussus etiam honoratorum appellatione continetur.

176 Judicis nomen tam magistratibus majoribus & aliis, quàm datis judicibus competit.

177 Honoraria stipulationes dividuntur in tres species.

178 Imperando aut judicando ha stipulationes exiguntur.

179 Et exiguntur ita vel simpliciter, vel permixtim.

180 Officium magistratus consistit in juredicendo judicandoq; & qua jurisdictionis definitio.

181 Cognoscere & judicare non separantur, & quid sint: & quid censura.

182 Notio spectatur in omni jurisdictione & magistratu.

183 Jus tripliciter dicitur.

184 Simpliciter jus dicere.

185 Quomodo jus dicatur imperando.

186 Jurisdictio duplex est: Imperii, & jurisdictionis.

187 Controversia de hac jurisdictione, distributione, remissivè.

188 Imperium aliud merum, aliud mixtum.

189 In quo consistat jus dicentis officium.

190 Cum imperio jus dicit quis jure magistratus: judicat, qui cognoscit & notionem exercet.

191 Utrumq; jure proprio vel alieno exercetur.

192 Mandare jurisdictionem, & mandare ut judicet; differunt.

193 Quadam fiunt imperio magistratus, quadam officio judicis.

194 Officium aliud jus dicentis, quod vulgò nobile vocant; aliud judicis, quod Dd. mercenarium appellant.

195 Quadam in jure, quadam in judicio fiunt.

196 Origo subdivisionis hujus, qua honoraria in tres species subdividuntur.

197 Judicialis stipulatio quid.

198 Cur huic tribuatur genus honoraria stipulationis.

199 Sed

199 *Sed non exigitur, quàm lite contestatâ, usque ad sententiam.*

200 *Imò etiam lata sententia, dum judicatum est faciendum.*

201 *Mero judicis judicantis, & actione inservientes officio exigitur.*

202 *Hujus generis est, cautio de dolo: & quis ejus usus.*

203 *Habet locum in actione, quod metus causa: & quomodo restitui oporteat.*

204 *Quid cavendum in actione ad exhibendum & pigneratitia.*

205 *Quomodo sint omnia judicia absolutoria.*

206 *Quid in redhibitione cavendum.*

207 *Cautio de dolo extra eum casum, quo judicis officio injungitur, non est judicialis, neq; honoraria, sed conventionalis.*

208 *Cautio, his rebus rectè præstari, quid, & quis ejus usus.*

209 *Quæ illorum verb. his rebus rectè præstari significatio.*

210 *Aliud hujus rationis exemplum.*

211 *Aliud exemplum ex l. 58. de rei vend.*

212 *Aliud, ex judicio familiæ herciscundæ.*

213 *Aliud ex l. 47. famil. herciscund. & l. 46. eod.*

214 *Est eidem locus in judicio redhibitorio.*

215 *Stipulatio de servo restituendo & persequendo, expenditur: & quid circa bonæ fidei possessorem.*

216 *Exemplum ex l. 5. §. fin. ff. ad exhib.*

217 *Quid verò circa malæ fidei possessorem hac in parte observandum sit.*

218 *Idem in herede, aperto jam testamento, si de legato gravatus.*

219 *Circa contractus videndum, quid in quolibet præstandum sit.*

220 *Exemplum in depositario: & quid præstare teneatur.*

221 *Mandatarius de levissima culpa tenetur, & ob id cavebit restitui.*

222 *Cautio de precio restituendo.*

223 *Et cur Justinianus conjungat, de restituendo, reddendóve precio.*

224 *Plura exempla: de exhibendo & dando: de non officiendis luminibus, &c.*

225 *Judiciales metu absolutionis vel condemnationis exiguntur.*

226 *Pratoria ſtipulationes, quid.*

227 *Pratoris appellatione intelligitur hic magiſtratus, qui imperando jus dicit.*

228 *Magiſtratus, & ejus, qui cum imperio eſt, officium, quid.*

229 *Coërcendo & exequendo proceditur ad has ſtipulationes non præſtitas.*

230 *Pratoria ſubdividuntur in tres ſpecies.*

231.232 *Quid ſint judiciales pratoria ſtipulationes, & cur ſic appellatæ.*

233 *Curat his ſtipulationibus, ut judicium revera ratum ſit.*

234 *Exempla duo.*

235 *Quid ſit ſtipulatio judicatum ſolvi.*

236 *Et quis ejus uſus.*

237 *Quid promittatur hac ſtipulatione.*

238 *Hæc ſtipulatio tres habet clauſulas.*

239 *Quando dies cedat ex prima clauſula.*

240 *Committitur ex eo, quod judicatum ſit.*

241 *Reus pro ſuo procuratore ſatisdans, ex hac ſtipulatione tenetur.*

242 *Alterum exemplum eſt in ſtipulatione, de novi operis nunciatione: quid ea ſit, quis uſus.*

243 *Committitur illa quoq; ex eo, quod iudicatum ſit.*

244 *An plures ſint ſtipulationes pratoria judiciales, eſt dictu difficile.*

245 *Cautionales pratoria, quæ: & quis earum uſus.*

246 *An plures ſint ejus generis, & qua ſententia verb. in l. 1. de prator. ſtipul. verſ. qua inſtar actionis.*

247 *Hæ ſpetialiori fine, quàm aliæ, appellantur cautionales.*

248 *Expoſitio d. l. 1. verſ. qua inſtar actionis habent, &c. de prator. ſtipula. ſecundùm Anton. Fabr.*

249 *Stipulationis, legatorum nomine, natura: item, rem pupilli ſalvam fore, ſecundùm Anton. Fabr.*

250 *Vera expoſitio verſ. qua inſtar actionis. in d. l. 1.*

251 *Duplici modo hæ ſtipulationes inſtar actionis intercedunt.*

252 *Significatio verborum, qua inſtar actionis, in d. l. 1. de prator. ſtipula.*

253 *Conſideratio argumentorum Anton. Fabr.*

254 *Expoſitio verb. & ut nova ſit actio. in d. l. 1. de prator. ſtipul. ſecundùm Anton. Fabr.*

255 *Se-*

255 *Secundùm jus vetus novatio intelligitur facta, quando, ut nova sit actio, contrahatur.*

256 *Stipulatio legatorum & fideicommissorum prætoria, novat actionem ex testamento.*

257 *Quomodo jure veteri actum intelligatur, ut esset novatio secundùm Anton. Fab.*

258 *Secundùm Anton. Fab. stipulatio, rem pupilli salvam fore, novat præcedentem tutelæ actionem.*

259 *Putat quoque actionem empti novari per stipulationem duplæ: & de qua in l. 12. ff. qui satisdar. cog. & quæ est de damno infecto.*

260 *Futuræ etiam obligationis novatio contrahi potest.*

261 *Considerationis argumentorum Anton. Fab. & quomodo olim intelligebatur actum, ut esset novatio.*

262 *Solius prætoris erat interpretari prætorias stipulationes.*

263 *Cautionales prætoriæ non sunt sublatæ: tametsi ad eas quoq; pertineat l. fin. C. de nova.*

264 *Vera interpretatio d. l. 11. de prætor. stipula.*

265 *Non omnis nova actio & obligatio perimit priorem: & sententia l. 21. de nova.*

266 *Non omnis stipulatio legatorum & doli est prætoria.*

267 *Consideratio l. 9. de nova.*

268 *Consideratio l. 11. §. qui autem. vers. sive stipulatio. de actio. empt.*

269 *Aliud est committi, aliud novari obligationem.*

270 *Timor futuri damni per se causa agendi non est, cùm non habeat in se obligationem.*

271 *Condictio indebiti & actio ex stipulatu datur adversus procuratorem; si dominus ratum non habeat id, quod indebitè solutum est.*

272 *Vera sententia, cur cautionales dicantur instar actionis novæ intercedere, & non describi à novando.*

273 *Quæ se instar actionis habeant.*

274 *Quid sit damnum infectum.*

275 *Usus stipulationis de damno infecto.*

276 *Usus stipulationis, si cui plus, quàm per leg. Falcid. lic. legat. sit.*

277 *Stipulatio, de conferendis bonis.*

278 *Ut nova sit actio, quæ stipulationes efficiant.*

279 *Usus stipulationis, rem ratam haberi?*

280 Stipulatio, rem ratam haberi, non est pratoria judicialis, ut quidam credunt.

281 Ejus usus.

282 Explicatio vers. ut ratum fiat. in d l. 1. de prator. stipula. quæ differunt ab iis, rem ratam haberi.

283 Usus stipulationis, rem pupilli salvam fore.

284 Non prius agi potest ex hac stipulatione, quàm si etiam tutela agere liceret.

285 Quomodo, & quando, rem pupilli salvam fore, sit communis?

286 Ædiles stipulationes ad quid.

287 Cautio usufructuaria quomodo exigatur.

288 Et quo sensu dicatur officio judicis injungi, in leg. 13. de usufruct.

289 Pratoria est cautio, de qua in d. l. 13 § sed si inter. de usufruct. & in l unic. C. ut. possid. & quis ejus usus.

290 Muciana cautio an pratoria.

291 An cautioni Murianæ locus sit in contractibus.

292 Communes pratoriæ, quæ, quis usus, quis finis earum.

293 Quomodo prator eas exigat.

294 Pratoriarum quadam satisdationem exigunt, quadam non.

295 Novi operis nunciatio interdum habet repromissionem.

296 Repromissionem habet, dupla stipulatio.

297 Interdum quoq; damni infecti stipulatio.

298 Cætera satisdationem desiderant datis fidejussoribus.

299 Cur aliás dicatur plus cautionis in re esse, quàm in personam.

300 Et quid in cæteris.

301 In omnibus pratoriis stipulationibus fidejussores sunt dandi, nisi aliud caveatur, vel sponte cõtrahentes ab eo jure quid remittant.

302 Quid sint stipulationes honorariæ communes.

303 Quomodo pratoriæ fiant etiam judiciales, & ita honorariæ communes.

304 Unde nomen hoc nactæ.

305 Tres stipulationes fiunt communes honorariæ.

306 Difficultas, quæ hic oritur.

307 Quæ Theophili sit sententia de his stipulationibus diuersa.

308 Hinc

308 *Hinc error communis secundùm Donellum.*
309 *Difficultas circa stipulationem duplæ.*
310 *Resolutio difficultatum illarum.*
311 *Quo casu possit à judice exigi stipulatio rem pupilli salvam fore.*
312 *Formula pronunciandi.*
313 *Quatenus procedat sententia Theophili.*
314 *Expositio verb. si aliter res expedire non potest. in leg. 5. hoc titul.*
315 *Nec tamen legendum huic.*
316 *Quomodo rem ratam haberi fiat communis.*
317 *Exceptio procuratoria est dilatoria: nec communis, ubi ea à procuratore exigitur.*
318 *Communis est, si exigatur à tutore.*
319 *Ante litem contestatam tutor non potest constituere procuratorem.*
320 *Quando dupla stipulatio fiat communis honoraria.*
321 *Et qualiter Ædiles suum officium expediant, & qualiter judex aditus.*
322 *Cautio de evictione in alia judicia sæpe incidit.*
323 *Communis doctrina de his stipulationibus rejicitur.*
324 *Nullibi distinctio in jure est inter vivum & mortuum pratorem.*
325 *Discrimen inter officium judicis & pratoris.*
326 *Omnes sunt conventionales vel honorariæ: nulla igitur à lege, à JCto.*
327 *Alciatus hunc communem errorem primus impugnavit.*
328 *Constitutiones Impp. hoc jus non mutant.*
329 *Ratio Interpp. rejicitur.*
330 *Ex statuto cautio, an judicialis vel pratoria.*
331 *Bart. sententia improbatur.*
332 *Alius Dd. error.*
333 *Docetur exemplis.*
334 *Conventionales, quid.*
335 *Amplificatio ejus conclusionis.*

I. CONCLUSIO.

1 *SUmmus † & extremus stipulationis finis est, ut ex hac interrogationis ac responsionis conceptione negotium de dando faciendóve sit contractum.*

per *l.1.l.5. in prin. & §.1.l. continuus. l. inter stipulantem. h.tit.l.1.§. verbis. d.l. obligamur 52.ff. de action. & oblig. l.7.§. quod ferè. de pact. Ant. Fab. lib.5. conject. cap.10. Joh. Borcholt. de pact. cap.6. num.2. fac.l.1.l.3.l. omnes. C.h.t.l.3. C. de inuti.*

2 *stipul.* † Etsi quidem, ut quid detur vel fiat, cum plerisque omnibus contractibus commune habet stipulatio, juxta definitionem obligationis *in §.1. Instit. de oblig.* nullus enim contractus est, qui non ejus gratia, ut quid detur vel fiat, celebratur. *l.1.l.2.l.3. l.8. d.l. obligamur 52.ff. de action. & oblig.* tamen ut vinculo verborum quis sit ad dandum faciendúmve adstrictus, non omnium est contractuum. Et rursum tametsi dotis dictio & jusjurandum liberti hoc intendunt, ut verborum vinculo promissores sint obstricti: tamen nec hoc volunt, ut vinculum illud sit ex interrogationis & responsionis conceptione, sed aut ex solenni dictione, aut ex religiosa assertione, *ut cap.1. supr. prolixè explicatum est.* Sola igitur stipulatio fit ejus vinculi verborum constituendi causa, ut illud ex interrogationis responsionisque conceptione sit cõtractum: ut ex hujus conceptionis verborum perfectione sit ἀποτέλεσμα & absolutum negotium. Hujus finis & ἀποτελέσματος constituendi causa hic cõtractus & introductus est, & à contrahentibus quotidie initur, teste Paulo *lib.5. sent. titu.7.* Gajo *in fragm. lib.2. tit. de oblig. d.l.1.§. verbis. ff. de actio. & oblig.* Hinc in hoc fine stipulationis πλείωσις, & forma formæque

per-

perfectio spectatur, *ut c. 4. dictum est.* † Hinc pactum 3
& omnis alia conventio à stipulatione discernitur, non qualibet interrogationis & responsionis conceptione, sed quæ in hunc scopum dirigitur, quæ ad hoc τὸ τέλεσμα constituendum suscipitur, *ut c. 1. declaratum fuit*, quo me brevitatis causa remitto.

II. CONCLUSIO.

Hunc † *finem assequitur aut principaliter, aut* 4
per accessionem.

Per *l. 5. vers. cõventionales. §. satisacceptio. h. t. ubi Interpp. l. blanditus 12. C. de fidejuss. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. §. 1. & seqq. l. fidejussor 16. l. hi qui 34. l. si ita 55. l. seq. l. fidejussor 57. l. si à reo 70. in princ. §. 1. §. fin. l. seq. ff. eod. l. centum. ff. de eo, quod cert. loc. l. 1. §. 1. l. cùm quis 22. ff. de action. & obligat.* At dixerit aliquis: imò nulla stipulatio potest esse principalis, cùm nulla sit, quæ non & sit accessoria, *argum. l. 5. ¶ f. conventionales. ¶ f. & pendent ex negotio contracto.* † Nam 5
quod ex alio negotio pendet, utique ejus est accessorium, sive adjunctum. Et Jul. Paulus *libr. 5. recept. sent. tit. 7. Obligationum*, inquit, *firmandarum gratia stipulationes inductæ sunt, quæ quadam verborum solennitate concipiuntur & appellatæ, quòd per eas firmitas obligationum cõstringitur*, &c. Ex quo colligit Cujac. stipulationes nõ per se solas subsistere, sed earum firmitatem ex aliis pendere, *d. l. 5. ¶. conventionales.* † Cæterùm supr. *cap. 3.* 6
concl. 5. & consect. ejus obtinuimus, etsi quidẽ Dd. cõmuniter arbitrati sint, stipulationem nõ subsistere, nisi aliam eamq; veram causam præsupponat: eam tamen opinionem minimè esse verã: cùm stipulatio per se sit contractus & propriâ suâ formâ consistat, non alienâ juvetur, vel integretur. Quod adeò verum est, ut ne quidem fidejussoria alienâ contractus

formâ sustineatur, sed solùm modò ratione subjecti accessorius dicatur, *ut ex d.l.blanditiis 12.d.l.1.l.2.l.3.l.4.l.*
7 *Græcè 8.&c. ff.de fidejuss.tot.tit.Inst.eod. planum est.* † Itaque si per se quoque proprio fine spectaveris stipulationem, semper per se principalis est contractus: adeò ut sæpe dubitatum sit apud veteres, num præcedens obligatio, quæ in eandem deducta est, sit per stipulationem sublata & novata. *l.obligationum ferè.ff. de actio.& oblig.l.1.l.6.§.1.l.7.l.8.ff.de nova. Bart.& alii ad l. singularia,de reb.cred.si cert.pet.l.fin.C.de novat.l.petens.ubi Dd.C.de pact.* Si verò subjectum attendas in cujus gratiam hic finis contrahendi suscipitur: erit alia principalis, propter cujusq; propriam causam & personam, aut ad obligationem alterius accessoria; *l.3.¶b. acceßionis loco.l.hi qui acceßionis 34.ff.de fidejuss.* Nã quod propter nos, nostramque causam suscipimus, multò magis est principale, quàm quod in alterius gratiam & securitatem. Itaq; stipulatio in principalem & accessoriam ex hac causa dividitur. Quod etsi largiremur, nullam stipulationem existere, nisi quæ aliam causam præsupponat, & propter aliam sit facta conventionem; semper tamen aut propriã promissoris contineret causam; nec aliud esset, quàm promissio: aut alienã præsupponeret, nec simplex esset promissio, sed ad promissio, *d.l.1.§.sed aut proprio.ff.de act.& obl.*
8 *d.l.3.d.l.hi qui acceßionis.* † Non ergo obstat *d.l.5.¶.conventionales.h.t.* nec illud, quod Paul. *in d.tit.7. lib.5. sent.* profert. Hunc enim sensum illud habet; ut plurimũ stipulationem præsupponere quandam causam, quę in eam deducitur, & in ea tanquam subjectum conventionis versatur; ideoq; quamplurimũ etiam pẽdere ex negotio, cui adjicitur, ut inde interpretationem & declarationem recipiat, quemadmodũ suo

loco

loco apparebit, & exemplo sit *l. centum Capuæ. ff. de eo quod cert. loc. l. inter hæc verba 179. l. hac verba 193. ff. de verb. signif. l. 2. §. fin. l. seq. ff. qui satisda. cogun. Donell. Cujac. & alii in d. l. 5.* Non autem hoc volunt, stipulationem esse accessorium cõtractum talis causæ vel obligationis; alioquin tales obligationes non firmaret sæpe inefficaces, ut Paulus disertè pronunciat, sed si firmitatẽ non acciperet, à tali causa & obligatione deficeret, *juxta l. principalis. l. nihil dolo 129. §. 1. ff. de reg. jur.* † Perab- 9
surdum equidem est accessorium firmitatem dare principali; cùm principale etiam consistat, remoto accessorio: at non contrà. Atquin stipulatio alicui causæ vel conventioni subdita, firma permanet, etiamsi causa ista intereat, vel irrita sit: ut supr. aliquoties dictum est, & plenius relucet *ex l. 3. ff. de rescin. vend.* nisi quando est accessoria, h. e. *adpromissoria. l. in omnibus 43. ff. de solutio. l. fidejussor obligari. l. si debitor 47. ff. de fidejusso. l. postquam. ff. ut legat. nom. cavea. l. omnes. ff. de excep. l. 6. C. de nc. num. pecun.* quæ & *satisacceptio* dicitur. *in l. 5. §. satisacceptio. h. t.* Igitur extra adpromissionis causam stipulatio est principalis, non accessoria: nec ideo diversum efficitur *per d. l. 5. ℣. sf. conventionales.* & Paulus *in d. tit. 7. l. 3. ℣. sf. sed reum. C. de fidejussor.*

III. CONCLUSIO.

PRincipalis † ergo stipulatio est nihil aliud, quàm 10
mera ac sola stipulatio, quæ hoc suscipitur fine, ut principaliter per & propter se, non propter aliũ, securitatis causa sit promissor obligatus.

Quam stipulationẽ Pomponius *in d. l. 5. §. stipulatio.* definit solummodò *conceptionem verborum, qua quis ad interrogata se daturũ factumq; respõdet. d. l. 5. §. stipulatio.*

h.t.l.3.C h.tit.l.1.§.verbis.vers.sed aut.ff.de action.& oblig.l. cùm patrem.C.de jur.dot.l.1.§.communis.de servor.stipul.l.3.
11 *l.hi qui accessionis. ff.de fidejuss. §.1. & 2. Instit.eod.* † Nam & supr.*cap.1.* ostendimus, formulã stipulandi à Pomponio describi; eamque opponi satisacceptioni sive fidejussoriæ stipulationi. Ex qua oppositione relucet, Pomponiũ hanc pro principali agnoscere, cùm nihil ampliùs habeat, quàm promissionem, quæ etiam sublata causâ, cujus gratia fortasse fiebat, firma & efficax manet, *ut cap.3. concluſ. 5. & consectario ejus diximus:* illam verò pro accessoria.

IV. CONCLUSIO.

12 *Accessoria † stipulatio est ea, quam appellamus satisacceptionem, & definiri potest ea stipulatio, qua non proprium debitum, sed alienum in nos adpromittendo, h.e. fidejubendo, recipimus.*

§.1.Inst.de fidejusso.d.l.5.§.satisacceptio.& ibi Cujac.Donell.Zas.& Dd.omnes.h.t.d.l.1.§.verbis.vers.sed aut proprio. ff.de action.& obligat.l.in omnibus 45. ff.de solution.l. si verò 64.vers.sed et si reum.ff.solut.matrimo.l.1.l.3.l.4.l.8.de fidejusso.§.1.§.2.& c.eod. & ut Ulpia.*in d.l.5.§.satisacceptio.h.t.* ait: *Satisacceptio est stipulatio, quæ ita obligat promissorem* (h. e. quæ principalem debitorem non liberat ab ea obligatione, qua obstrictus est satisaccipienti: quo fine & effectu differt à novatione & delegatione: sed eum obligatum permittit *l. si Stichum 8. §.idem Celsus. ff.de novatio.l.3.l.hi qui.d.l.Græcè.ff.de fidejussor.) ut adpromissores quoque ab eo accipiantur*: h.e. qui idem promit-
13 tunt. † Nam *satisaccipere* dictum est eodem modo, quo *satisfacere*: & *satisfieri* dicitur illi, cui id, quo contentus est, præstatur. *Donell. ad d.l.5. §. satisacceptio. ibid.*

Jas.

Jas. & Cujac. Itaque si sint, quibus contentus est, ut idem promittant, quod reus principalis, & eo fine ab illis stipuletur; *satisaccepisse* dicetur: quia ei præstita hac securitate satisfactum sit. *d. l. 5. §. satisacceptio. vers. satis autem acceptio. h. t.* † Satis igitur acceptio per relationem oppositi, quo ad effectum, idem significat quod satisfactio & satisdatio. Satisdat debitor: satisaccipit creditor. Et quemadmodum nūquam is qui dat, eo ipso idem accipit; nec is qui accipit, eo ipso quo accipit aliquid, idem dat: ita etiam in satisdatione alius est, qui accipit adpromissorem, alius qui eūdem dat. Huc spectat definitio *satisdationis*, quòd sit species *satisfactionis. l. 4. §. ait prætor. §§. seqq. ff. de re judic. annot. ad l. liberationis 47. num. 2. de verb. signif.* qua dato fidejussore cavemus adversario. *leg. 1. ff. qui satisdar. cog.* † Nam ut *satisfacere* dicimur ei, cujus desideriū implemus; solvendo, acceptilando, novando, numerando, pignora dando, repromittendo, *l. satisdationis 61. cum ibi nota. ff. de verb. sign. l. liberationis 47. cum ibi nota. ff. eod.* ita *satisdare* dicimur adversario nostro, cū pro eo, quod à nobis petiit, ita cavemus, ut eum hoc nomine securum faciamus datis fidejussoribus. *d. l. 1. ff. qui satisda. cog. l. 1. §. jubet. ff. de collat. bon. l. 7. l. generaliter. ff. de prætor. stipul. l. sancimus. C. de verb. signif. de qua plura in d. l. liberationis 47. l. seq. l. satisdationis 61. ff. de verb. signific.* † Ex quo elucet quid differat *sponsor*, item *promissor* ab *adpromissore*. Omnis quidem adpromissor est sponsor, quia est fidejussor: sed non omnis sponsor est adpromissor, cùm verbum *spōsionis* sit latæ significationis; uti ostendi *ad l. sponsio 7. nu. 4. 5. 15. & seqq. ff. de verb. signif.* *Expromissor* autem is sponsor est, qui proprio nomine & sui causa obligatur, *l. 4. ff. de condict. caus. dat.* tametsi alienam in se transferat obligationem vel

14 15 16

debitum aut novando. *l. qui libertinus. in fin. ff. de oper. libe. l. si Stichum 8. §. si quis ita. §. seq. ff. de novatio. l. 4. C. de fidejusso.* aut quolibet alio modo efficaci promittendo. *l. & eleganter. §. servus. ubi Cujac. post gloss. Bart. & Bald. ff. de dolo mal. l. si ita 97. §. 1. h. tit. Adpromissor* verò est, qui idem cum altero promittit, h. e. fide sua esse jubet, *d. l. 5. §. satisacceptio. h. t. l. si verò 64. vers. sed et si reum. ff. solut. matrim. l. in omnibus 43. ff. de solution.* & sequelæ locum obtinet *l. si duo 93. vers. ut ubi ei. ff. de solution. l. 5. §. pen. ff. de instit. action.* Et illud est quod Ulpianus *in l. §. verbis. vers. Sed aut proprio,* inquit, *nomine quis q. obligatur, aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur.* Et plerunq; ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur. *de qua re plura Alciat. libr. 1. parerg. cap. 2. & 3. Hippol. de Marsil. ad Rubr. de fidejuss. num. 3. 4. 5. 6. 7. 8.*

V. CONCLUSIO.

17 † *Fidejussio itaq; est stipulatio, qua interrogatus alienam obligationem fide sua esse jubet.*

d. §. 1. Inst. de fidejuss. d. l. 1. §. verbis. vers. sed aut proprio. ff. de action. & oblig. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. Gracè. in prin. & tot. tit. de fidejuss. l. 1. vers. verum. l. si pater 6. l. blanditus 12. C. de fidejuss. Alciat. lib. 1. parerg. cap. 3. Hippol. de Marsil. de fidejuss. num. 2.

18 † Sine stipulatione igitur non cõstituitur fidejussor. *l. Gracè. ff. de fidejuss. l. 2. l. 3. l. si pater 6. l. blanditus. Cod. eod.* eoq; potissimùm differt à *mandatore, sponsore* & *expromissore,* itemque à *constituente,* autore *gloss. Mynsing. Schneidew. & aliis. Instit. de fidejuss. Hippol. de Marsil. d. Rub. de fidejuss. num. 3. 4. 5. 6. & 92. post gloss. ibid. §. de constituta. ubi*

19 *Mynsing. Schneidew. Inst. de actio.* † Etenim *mandator* is est, qui

qui alteri mandat, vel ut fidejubeat pro se, aut alio, *l. si mandavero 22. manda.* vel ut pecuniam alicui alteri credat, vel negotia gerat, *l. si quis 27. ff. manda. Hippol. d. n. 3. & 6. post gloss. ibid. l. si mandatu 13. ff. de fidejuss.* *Mandatum* autem solo fit consensu. *tit. Inst. de manda. l. 1. l. 2. l. si hereditatem 32. ff. eod.* † Nec vera & perfecta est illa inter mandatum & fidejussionem differentia, quam *post gloss. Johan. Brecha. ad l. sponsio 7. in fin. ff. de verb. signif.* asseruit, fidejussorem scilicet semper sequi obligationem: mandatorem quoque præcedere. Imò verò autore Bartol. *in l. penult. per illum textum. & l. si stipulatus. ff. de fidejusso. & §. fidejussor & præcedere. Institut. de fidejuss.* fidejussio potest principalem obligationem cõtrahendam præcedere, ut tum tandem efficax sit & obligationem pariat, quãdo principalis debitor obligetur, ac si sub hac conditione fidejussor promisisset. Sed nec illa Brechæi & Mynsi. *num. 2. ad §. fidejussor. Institut. de fidei.* differentia sufficiens est, qua docent, & præcedere & sequi posse fidejussorem: at mandatorem tantùm præcedere; constitutorem saltem sequi. *leg. 1. ff. de const. pecun.* † Nam mandator non so- 21
lùm is est, qui ab initio mandat, sed & qui coràm, vel ex post-facto ratum habet, modò is, qui negotium gessit, animo mandati ab initio gesserit, *arg. leg. fin. C. ad SC. Macedo. l. semper qui non prohibet. cum ibi nota. ff. de reg. jur. c. ratihabitionem. cum ibi nota. eod. in 6.* † Nec ob- 22
stat *l. si mandavero 22. ff. mand.* qua Mynsi. nititur: nam etsi refert facti speciem talem, in qua mandaveram alicui ut fidejuberet; non tamen propterea asseritur, nullum etiam mandatum sequi posse; cùm aliud sit etiam quod ex cõtinenti sequitur, aliud, quod per ratihabitionem: nec unius speciei mentio est alterius exclusio. † Denique non obstat *l. 4. §. fin. ff. de* 23

fidejusso. & nomina. & hered. tut. ubi Ulpian. *Fidejussores à tutoribus nominatos, si præsentes fuerint, nec contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt, perinde teneri atq; si jure legitimo stipulatio interposita fuisset,* tradit. Nō hinc consequitur, ergo aliquam esse fidejussionem, quæ non sit *stipulatio.* Etenim non proprietate vocis, sed ab intentione, cùm magistratus in acta nomina referentis, tum tutorum ipsorumque præsentium nominatorum, vocantur fidejussores: quia ut per stipulationem constituerentur veri fidejussores, hoc agebatur. Et cùm relatio in acta hoc casu instar stipulationis sit; etiam instar & vice fidejussorum obligati perhibentur: sicuti protutores instar tutorum sunt, & quasi-dominium instar veri. Quod jus receptum in his est, & propter pupillorum favo-
24 rem, & publicorum actorum autoritatem. † An autem oporteat fidejussorem esse rogatum, inter interpp. controvertitur. Sunt enim, qui putant in eo sponsorem à fidejussore differre, quòd sponsor sit, qui pro alio fidejubet; sed sine mandato: fidejussor, qui mandante sive rogāte reo principali intercedit. In quam sententiam proclivis est *post gloss. ad §. 1. Novell. de fidejuss.* Joh. Brechæus *ad l. sponsio. in fin. ff. de verb. sig.* Mynſ. *ad Rub. nu. 5. Inst. de fidejuss.* fortasse his subnixi
25 rationibus. † Primò quòd dicitur passim dari fidejussoribus mandati actionem adversus debitorem principalem. *l. idemque 10. §. fidejussores. l. inter causas 26. §. abesse. §. seq. §. prætorem. leg. si fidejussor 29. leg. si pro te 40. l. si mandatu 45. §. si judicio. §. si fidejussor. ll. seqq. leg. fidejussor 51. leg. seq. leg. qui mutuam. §. 1. ff. mandat.* Sed hanc
26 non dari citra mandatum. † Deinde sponsorem opponi fidejussori. *argum. leg. sponsio. de V. S.* Eum autem appellari à *sponte,* quasi sponte sua spondentem.

gloss.

gloss. in Novell. de fidejusso. §. 1. & Mynsing. d. nume. 5. Nisi igitur hac rogatione differat fidejussor à sponsore: inepta esset oppositio. Tertiò passim in legibus fit rogati fidejussoris mentio, veluti *in l. si verò. §. si adulescens. l. si mandavero 22. l. rogatus 33. ff. manda.* † Quartò: *Qui fide*, inquit Papin. *alterius pro alio fidejussit praesente & non recusante, utrosq; obligatos habet jure mandati: Quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest, qui mandavit; non etiam reum promittendi* (h. e. principalem debitorem) *Nec me movet, quòd pecuniâ fidejussoris reus liberatur; id enim contingit, etsi meo mandato pro alio solvas. l. qui fide 53. ff. mand.* Quæ ratio adeò generalis est, ut etiam videatur negotiorum gestorum actionem excludere: quippe non animo gerendi rei promittendi principalis negotium intercedit, sed expediendi mandatum. Unde putatur effici: qui sine mandato fidejubet pro alio, in tantum *fidejussorem* non esse, ut nulla actione tanquam *fidejussor, d. l. qui fide 53.* sed solummodo ut *sponsor* negotiorum gestorum agere possit. *l. 2. vers. vel etiam ipse. l. 3. §. hac actione. vers. sponte & nulla necessitate cogente. ff. de negot. gest.* Nam etsi verum sit, qui mandatu unius negotium commune sciens gerit, habere adversus socium, qui non mandavit, negotiorum gestorum, & vice versa: *l. si pupill. 6. §. si quis ita. vers. nam etsi cui. ff. de negot. gest.* tamen illud *in dict. l. qui fide 53.* ad *fidejussionem* spectare apertè negatur. Denique si sua sponte quis in se alienam stipulationem recipit, non potest videri *ad promissor* datus, neq; *satisdationis*, vocé in hunc, ut nec *satisacceptionis*, cadere: quia à nemine mandante vel rogante datur: ut qui non datur, nec accipi, sed potius capi dicetur. Aut igitur nimis strictè docuit Ulpi. 27

in l. 5. §. satisacceptio. h. t. satisacceptionem esse eam stipulationem, *qua fidejussor accipitur. & in l. 1. ff. qui satisda. cog. satisdationem esse datis fidejussoribus cavere:* aut hunc
28 propriè non esse fidejussorem. † Cæterùm his nihil urgentibus dicendum est, eum quoq; propriè fidejussorem censeri, qui sine mandato animo gerẽdi negotium pro debitore fidejubet. *l. 4. l. 5. vers. idem est si pro te fidejussero, dum puto mihi à te mandatum esse. ff. de neg. gest.* Idem, inquam est, quod in præcedenti facti specie; ut si putavi te mihi mandasse, habeam negotiorum gestorum actionem, etiamsi ratum non habeas. Idem probatur *per l. fidejubere 30. ff. de fidejus. Fidejubere,* inquit Gajus, *potest quisq; etiamsi promissor ignoret.* Si ignorat, utique neq; mandavit, neq; nunc etiam mandat. Idem probatur *per l. ex mandato 20. §. 1. ff. manda. Fidejussori,* inquit Paulus, *negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit.* Nam mandati actio non potest competere, cùm non accesserit mãdatum. Hic, inquam, JCtus quidem ob non præcedens vel subsequens mandatum negat fidejussori actionem mandati competere: sed non negat esse fidejussorem; imò diserte hunc appellat *fidejussorem,* cui danda sit actio negotiorum gestorum. In eandẽ sententiam facit *l. si pro te 40. ff. man.* ubi docetur, *si pro te præsente & vetante fidejussero, neq; mandati neq; negotiorum nasci obligationem, ne quidem utilem:* quæ utiq; nascitura fuisset, si non te vetante fidejussissem: à sen-
29 su contrario. † Interim licet neutra actio nascatur adversus reum principalem, non tamen cesso fidejussor esse: quia id, quod vi stipulationis hoc casu solvere cogor, propter tuam prohibitionẽ nequeo repetere; nõ quia *sponsor* sim, vel *non-fidejussor,* sed quòd vetarti. Nam & simile est quod *in l. Marcel. ff. de fidejus.*

respon-

respondetur: *quamvis fidejussor mandati actionem non habeat, teneri tamen ex stipulatione, qua fidejussit.* Sic in facti specie *l. si verò 12. §. si adolescens ff. mandat. l. si quis cùm sciret ff. pro empt.* nihilominus efficitur verus & necessitate solvendi obstrictus fidejussor, qui jubente adolescente luxurioso pro meretrice fidejubet, licet nullam eo nomine sit cum adolescente actionem mandati vel negotii gesti habiturus, cùm sciat hanc prodigalitatem & luxuriam: nec prætendere, uti in causa domini peculiari, servus poterit hoc creditū, pro quo interceſſit, in rem adolescentis versum esse. *l. 3. §. necnon illud. ff. de in rem verso.* cùm liberrimâ voluntate hoc officium denegare potuisset; neque oportuerit malitiam & luxuriam juvare, & augere.

† Itaque quod de actione mandati & negotiorum gestorum primo loco objicitur, nullius est efficaciæ; cùm non ab actionis genere, quo possit adversus reum principalem experiri, neq; à mandati causa, sed à fine stipulationis interpositæ, *fidejussor* dicatur, & ab omni alio promissore discernatur, *ut patet per d. l. 3. l. si pater 6. d. l. blanditus. C. de fidejus. d. l. Græcè. §. 1. 2. & seq. Instit. eod. Hippol. de Marsil. ad Rubric. eod. à num. 2. & multis seqq. Fornerius à l. sponsio 7. de verbor. signific.* Sic alterum nititur inepta *dict. leg. sponsio 7.* interpretatione; *ut ibid. post Brecha. & Forner. videre est.* † Imò sive sequamur communem cum Brechæo, sive Alciato, sive quæ ipse *ad dict. leg. sponsio 7.* annotavi; semper illud manebit, *sponsorem & sponsionem* non opponi *fidejussori & fidejussioni* tanquam speciem contrariā, sed tanquam genus, sub quo etiā *fidejussor* item q; *fidejussio* contineatur. Est enim omnis *promissor*, maximè, qui stipulanti promittit, *sponsor*, cū à *spondendo* nomē habeat: sive illud *spondendi* verbū sit à *sponte*, sive pro-

pria ac primitiva origine consistat: at non omnis *sponsor* est *fidejussor:* quia nec quilibet promissor fidejubet, sed is tandem, cum quo hoc agitur, quiq; hoc animo stipulanti promittit, ut sua fide sit illud, quod alius debet. Ut non debitoris nomine, *l. si ita 97. §. 1. h. tit.* sed pro debitore suo nomine stipulanti promittat circa novationem. *Cujac. in parat. Dig. de fidejuss.* Sic nec tertium necessariam facit consequentiam; cùm etiam non *mandati* non *rogati* mentio fiat. *d. l. 5. ff. de*
32 *negot. gest. dict. leg. ex mandato 20. §. 1. ff. mandat.* † Nihil etiam facit quartum: nam in illa facti specie aut invito illo altero & vetante, aut non animo gerendi negotium ignorantis & absentis, sed obsequendi mandantis voluntati, fidejussit: Igitur neutro casu alium vel mandati vel de negotio gesto præter eum, qui mandavit, obligatum habet: priore non: quia invitus non mandat. *arg. tit. Instit. de oblig. quæ ex consen. l. 1. l. 2. ff. mandat.* nec de negotio obligatur, qui geri prohibet. *l. fin. C. de neg. gest. dict. l. si pro te 40. ff. mand.* posteriore non; quia tum demum uno mandante ex sociis alter mandatarium de communi negotio obligatum habet, si animo gerendi alterius negotium; non si obsequendi tantummodo ex mandato iste gesserit: nec ita utriusque fidem sequutus sit. *dict. l.*
33 *6. §. si quis ita. vers. nam et si cui. ff. de nego. gest.* † Postremum quoque hac ratione non obstat: quia satisacceptio non dationem rei principalis præsupponit, sed ita à fine suo dicitur: cùm illud per eam agatur, ut satisfactum sit creditori: ut is securior sit de credito. Idem etiam accidit satisdationi. *d. l. 1.* unde dare ad jus, non ad factum refertur: ad finem & effectum, non ad initium. Quare & creditor satisacepisse, & debitor satisdedisse dicentur; tametsi ne

qui-

quidem sciente debitore quis fidejubendo sua spõte interceſſerit: imò etſi quis invito debitore fidejubeat: per allegata jura.

VI CONCLUSIO.

Utraq; † ſtipulatio aut ſimpliciter fit, aut novandi cauſa. 34

l.2.l.6.l.7.l.8.l.9.l.quotiens 14.l. novatio 24. l. emptor 27. l.ſeq.l ſi rem 31.l.ſeq.l.fin.ff.de nova. l. fin. Cod. eod. l. obligationum ferè.ff.de action. & oblig. Simpliciter, ſi nihil aliud intenditur, quàm ut promiſſor principalis, vel ad promiſſor h.e. fidejuſſor ex ea ſtipulatione obligetur: Novandi cauſa fit, quando hoc amplius agitur, ut vel à perſona in perſonam, vel in aliam, eamque hanc novam, obligationem prior aliquâ transfundatur ac mutetur. *d.l.1.l.4.l.6.l.8.ff. de nova. d.l. obligationum ferè. in fin. de act. & oblig. l. ita ſtipulatus 115. in fin. b.t. Sebaſtian. Medic. de nova. part. 1. queſt. 1. 2. 3. Pet. Coſtal. ad l. 41. ff. proſoc.* † Igitur ſimplex ſtipulatio ſive ſit principalis, ſive fidejuſſoria, à novatione differt finalis cauſæ contemplatione, quam eo amplius aſſumit, quàm per ſe conſiderata ſtipulatio. 35

d.l.1.ff. de nova. † Igitur quæſitum eſt maximè apud veteres; ſi quis ita ſtipulatus à Sejo ſit, QUOD A TITIO STIPULATUS FUERO, DARE SPONDES? an ſi poſtea à Titio ſtipulatus ſim, fiat novatio, ſolusque teneatur Sejus? verum autore Celſo, obtinuit, non eſſe novationem, ſed aut duorum reorum conſtituendorum ſtipulationem, aut ſatisacceptionem, ſi ſcilicet alterutrum agatur: niſi in hoc quoque facta ſit, eoque animo, ut novaretur pura Titii obligatio ſubſecutura, per hanc conventione quidem priorem, 36

sed conditionis eventu posteriorem. *l. Stichum 8. §. si*
37 *quis ita. de nova.* † Siquidem sub conditione facta novatio non priùs novat, quàm si conditio existat: qua existente, conjungitur tempus conventionis cum tempore conditionis, *dict. leg. si Stichum 8. in princ.* eodemque tempore & impletur prioris stipulationis conditio, & novatur per eam obligatio. *dict. leg. si Stichum 8. §. 1.* Sic si stipuler à te *judicatum solvi?* non contingit novatio actionis judicati: quippe hoc non agitur hac stipulatione, sed solummodo ut mihi per te fidejussorem eo nomine magis cautum sit. *dict. l. si Stichum 8. §. idem Celsus. ff. de nova.* Idem est, si à te stipuler, *quod mihi Titius aut Sejus debet?* neuter enim per tuam promissionem liberatur; quia neutrius obligatio novatur, nisi hoc diserte fit actum inter me & te. Etenim aut te, ut secundum reũ promittendi, aut ut fidejussorem assumo: quo neutro casu contingit novatio, nisi hoc etiam diserte agatur. *dict. l. 8. §. si de-*
38 *cem. ff. de nova.* † Hinc quidam arbitrati sunt, novationem tantùm cadere in principalem obligationem; non etiam in fidejussionem, sive accessoriam hanc stipulationem: tum quia apud veteres sæpe dubitatum fuit, an, quoties alia præter priorem assumebatur persona, esset fidejussio vel novatio? *ut ex d. l. 8. liquet:* tum quia passim dicitur, *novatione principalis liberari fidejusso. l. nova. 4. ubi Dd. C. de fidejuss. l. pact. conventa. §. Paul. de contra. empt. l. aliam. de nova. l. item quæritur. §. qui impleto. ff. loc. l. cùm Hermes. ubi Johan. Sich. post Salyc. Cod. eod. Hippolyt. de Marsil. dict. Rubric. de fidejusso. num. 89.* Quod si possit fidejussoria cautio esse quædam novatio, aut in eam per se novatio caderet, frustra apud veteres aliquo casu dubitatum fuisset, num pos-

sit

sit videri novatio nec ne? neq; speciale esset, ut per
novationem principalis stipulationis extinguatur
accessoria. † Deniq; in hanc sententiam aliquid or- 39
dinem titulorum, tam in Pandectis, quàm in Cod.
facere credidetunt. Nam præcedit tit. de fidejussor.
sequitur de novationib. Et tamen ita sequitur, ut
præcedat tit. de solutionibus. Unde existimari po-
test, cùm generalia & communia præcedant, spe-
cialia sequantur: nihil commune habere *tit. de nova.*
cum tit. de fidejuss. † Sed malè. Nam non solùm prin- 40
cipalem aliquem contractum, sed etiam fidejusso-
ris obligationem novari posse, ut è persona in per-
sonam transferatur: aut prior illa in posteriorem
hanc transfundatur, *juxta d. l. 1. ff. de novatio.* non so-
lùm liquet ex eo, quòd omnis omnino obligatio, si-
ve verbis, sive re, sive consensu contracta sit, nova-
ri possit *dict. l. 1. l. 2. ff. de nova.* nec ullibi excipiatur fide-
jussoris obligatio. † regulæ autem standum sit, do- 41
nec de exceptione doceatur. *Bald. ad leg. si tutor. in fin.*
C. de serv. pignor. dat. per leg. 1. & l. omnis definitio. de reg. jur.
& ad cap. 1. num. 2. extra de aliena. jud. mutan. Azo in sum-
ma Cod. de probatio. per leg. ab ea parte. ff. eod. Zas. consil. 8.
volum. 2. Sebastian. Vantius de nulli. proces. tit. de nullitat. ex
defect. proces. & solenn. num. 118. versic. & præmissa. Mynsing.
consil. 14. num. 18. 19. 20. Wesenbec. consil. 7. num. 7. Sed eti-
am quod *in dict. leg. fin. Cod. de novation.* Justinianus di-
xit: *si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit:*
item vel quantitatem augendam vel minuendam esse cre-
diderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detra-
xerit, &c. † Quæ omnia sanè in fidejussionem non 42
minus, quàm in quamlibet aliam stipulationem, ca-
dere possunt. *dict. l. Græcè. in princ. §. 1. 2. 3. 4. l. fidejussor 16.*
§. 1. §. 2. de fidejuss. §. non solùm. Institut. de fidejusor.

Imò expressiùs *in dict. l. fin.* ait Justinianus, *vel cautionẽ*, hoc est, fidejussionem sive adpromissionem, *minorem acceperit, vel aliquid*, &c. Quibus sanè verbis disertè indicat, posse fidejussoris obligationem novari: veluti si à te fidejussore Titii, *centũ quæ Titius debet, fide tua esse jubes?* stipulatus sim, cùm mille Titius deberet, & ita minorem cautionem acceperim: postea à te diserto & expresso novandi animo stipuler, *Mille, quæ Titius debet mihi, fide tua esse jubes?* Certè hoc cùm expresè agatur, ut priore eaque minore remissa, hæc posterior vicem ejus subeat, nefas dubitare
43 est, quin contracta sit novatio fidejussoria. † Casus autem, de quibus apud veteres dubitatum est, an cõtingeret novatio potiùs, quàm cautio, vel duorum reorum promittendorum obligatio, ejusmodi erant, ut ambiguum redderent, utro animo convenissent contrahentes: & quia huic dubitationi tum temporis ideo poterat eo magis locus esse, quod sufficiebat solummodò ex ipsa re, vel actu, aut circumstantiis apparere, num animo novandi quid gestum esset nec ne? *Anton. Fab. lib. 3. conject. cap. 3. Cuja.*
44 *in parat. Dig. & Cod. de novat.* † Quod hodie Justinianus emendavit, præcipiens, ut non aliter hodie ullo casu, quo olim potuit fieri novatio, aut an facta esset quærebatur, contingat novatio, quàm si hoc expresserint contrahentes. *§. præterea. Instit. quib. mod. toll. oblig. dict. l. fin. C. de novation.*
45 † Etsi itaque quibusdam casibus dubitaverunt veteres, an potius esset fidejussoria cautio, quàm novatio: illud tamen impedimento non est, quo magis dicamus, fidejussoriam cautionem potuisse novari: quia transfundi poterat, aut in aliam personam, aut in posteriorem majorem vel minorem, *juxta dict. Lultim. C. de novat.*

† Sic

† Sic nec alterum aliquid momenti habet, cùm il- 46
lud eveniat neque à forma, neque à fine, vel materia fidejussoriæ stipulationis, sed ab ejus subjecto, cujus adjunctum est: cùm sublato & mutato principali, etiam accessorium tollatur, ac finiatur: non contrà. *L. cum principalis. & ibi Dd. de reg. jur. c. accessorium. de reg. jur. 6. ubi Pet. Ped. & Dyn.* † Postremum refutatione 47
non indiget: quippe quòd in Pand. & C. non semper præcedant tituli magis generales, sequantur speciales. Imò non infrequens est, ut præcedant speciales, sequantur generales: veluti accidit lib. 1. Pand. ubi primo loco tractantur speciales *tit. de jurisdictione & imperio*, quinam habuerint, vel mandare potuerint, & quomodo: *puta de offic. consul. de offic. prætor. de offic. præfect. præto. de offic. proconsul. de offic. præsid. de offic. ejus cui mand. est jurisdict. &c.* Tandem lib. 2. generalis profertur titulus *de jurisdict. omn. judic.* Idem fit in *Cod. circa tractat. de restitution. in integr.* Deinde specialis hîc etiam urget ratio, ut quamvis novatio utrique stipulationum generi sit communis, non tamen præmittatur, neque inter utrumque inseratur, ut accidit *tit. de duob. reis*: tum quia communia solent in Pandect. & Cod. postponi, utpote tractatu & intellectu faciliora, si, priusquam ad ea perveniatur, propria cujusque perspecta habeamus: † tum 48
etsi novatio est stipulatio, atque ita contractus, alio tamen respectu instar est solutionis, quia perimit & tollit præcedentem obligationem. *§. præterea. Institut. quibus mod. tolli. obliga.* Quid igitur est novatio? an omnis novatio est stipulatio? de eo videndum nunc est.

VII. CONCLUSIO.

49 *Novatio † est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atq; translatio.*

l.1.ubi Bartol.ff.de novatio. Donell. ad Rubric. C. de novat. Sebast. Medic. in tractat. de novat. quæst. 1. & 2. part. 1. §. præterea. Institut. quib. mod. tolli. obligat. ubi Dd. Speculat. de obligat. & solutionib. lib. 4. part. 3. num. 23. Nisi enim hæc in aliam obligationem transfusio & translatio con-
50 tingat, propriè non est novatio. † Unde emergit, si qua numeratio pecuniæ fiat, eo animo, non ut ex numeratione illa sit crediti causa cõtracta, sed subjiciatur stipulatio, non duæ, una civilis, hoc est, ex stipulatione; altera naturalis, hoc est, ex mutuo; sed unica ex stipulatione scilicet nascitur obligatio, nisi aliud actum sit. *Bartol. ad leg. si unus. §. pactus. ff. de pact. & ad leg. certi 9. §. numeravi. §. seq. ubi Donell. Castrens. ff. de*
51 *reb. cred. si cert.* † Ratio est, quia numeratio est actus ἀδιάφορος, *ut ad leg. Labeo 19. ff. de verbor. signific.* pluribus. Itaque, cùm illud hac numeratione non agebatur, ut per eam mutuum contraheretur, sed ut in stipulationem deduceretur, non potuit alia, quàm hæc unica obligatio verborum nasci: neque novatio ulla contigit, quia nulla obligatio eam stipulationem numeratione cõtractâ præcessit. Quod si hoc actum fuisset ea numeratione, ut per eam mutuum contraheretur, & subsecuta deinde stipulatio; utique duæ apparerent natæ obligationes, una ex numeratione, altera ex stipulatione; nisi expressè hoc etiam actum esset, ut per stipulationem novaretur mutui obligatio. Et hæc sententia est *l. si ita 6. §. 1. l. seq. ff. de novat. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. hoc titul.*
52 † Et sic rectè conciliantur hæc re-

spon-

sponsa *cum l.obligamur 52.vers. re & verbis pariter obligamur, cùm & res interrogationi intercedit. ff.de act. & oblig. & cũ l.certi 9.§.numeravi.§.seq.§. item quæri.ff. de reb. cre. si cert.petat.* † Nec adversatur quòd *in l.6.§.1.& l.seq.ff.* 53
de nova. mutuæ pecuniæ fit mentio: hoc enim non fit eo fine, quòd illud actum esset ista numeratione; sed quòd per hanc numerationem potuissent mutuum contrahere, si id maluissent, *arg.dict.leg. certi 9. §. numeravi & seqq.d.l.obligamur.ver.re & verbis:* sed hoc noluerunt, cùm statim stipulationem subjecerint, eo animo, ut in illam hanc numerationem deducerent: quæ cùm per se nec mutuũ constituerit, quãvis potuisset; frustrà quærimus, an per subsecutam stipulationem aliqua novatio contigerit? † Sic nec 54
illo casu aliqua novatio videri potest, si quis stipulatus est, *aliquid dari vel fieri?* & deinde, si illud non fieret, pœnam stipuletur: eaq; stipulatio committatur, ut pœna peti possit. Etsi quidem hæc commissa stipulationis cõditio aliquid similitudinis cum novatione habet, quatenus nova jam succedit obligatio, ut liberum sit, aut promissum petere, aut pœnã: 07
revera tamen non est novatio: quia neq; ab initio, neq; ex eventu transfundit priorẽ obligationẽm in novam posteriorem. *l.apud Cels. §. Labeo. ff. de dol. mal. except. l.si quis rem.ff.de recept.arbitr.l.cùm stipulatus. l. stipulatio ista.§.si quis ergo.vers.et si creditori.h.t.l.si pacto.C.de pact. l. nuda. C. hoc tit. l. si quis à socio. l.seq.l.duo.ff.pro soc.l. prædia.ff.de act. empt.* † Eoq; sensu accipiendum est, 55
quod *in leg. obligationum ferè. §. fin.ff. de actio.& obligat.* responsum est. *& l.ita stipulatus 115.§.fin.hoc tit.Petr. Costal.ad leg. 41.ff.pro soc.Zas.lib. 1. singul. respons. capit. 4.* Imò ejusmodi stipulatio censetur alternativa, ut aut promissum detur vel fiat, aut eo non dato vel

facto pœna promissa solvatur *d.l.ita stipulatus 115. §. fin.*

56 † Alternativa autem promissio, cùm utrumq; sub conditione debeatur, nec ullius promissio transfundatur in novam obligationem per conditionis evẽtum, non est novatio. *d.l.ita stipulatus 115. in fin. h.t. Ubi Donell. num. 31.* Idem confirmatur *per l. prædia. ff. de act. empt. l. si quis à socio. l. seq. l. duo. ff. pro soc.* † Cujus rei etiam illa ratio est; quòd stipulatio quælibet à fine suo æstimatur: pœnalis stipulatio subdita non est hoc fine, ut præcedentem tollat & ita novet, vel transfundat; sed ut firmiorem reddat illam, magisque caveat stipulatori. *§. fin. Institut. de lega. §. fin. Instit. h.t.*

58 Non igitur novat. † Non obstat *l.1. ff. de pen. leg. juncta l. si penum 24. ff. quand. dies legat.* ubi docetur: si testator ita legat; *penum uxori meæ dato:* si *penum non dederit, decem dato:* herede interpellato nec solvente, *saltem decem deberi*, quasi priore legato in posterius translato: Translatio autem ejusmodi, est novatio, *per l.1. ff. de novatio.* Ergo & posterius legatum, quod pœnale est, novatio erit. Quod si in legato verũ est,

59 multo magis in stipulatione. † Bartol. quidem *in d. l. ita stipulatus 115.* distinguit inter causam lucrativam, & onerosam, *per l.1. §. item si ita. ff. ad l. Falcid.* quasi illa novetur & sic accipienda sit. *d.l.1. ff. de penu leg. d.l. si penum 24. & d.l. obligationum ferè. in fin. nec non per l. si quis*

60 *à socio. ff. pro soc.* † Sed malè: Nam legatum hoc posterius non propterea prius tollit, *in dict. l.1. & d.l. si penum*, & solum debetur, quia sit revera quædam prioris obligationis vel legati in posterius transfusio, atque ita novatio: sed quòd testator censeatur ademisse prius legatum per posterius sub hac conditione, *si heres penum non dederit, dict. l. si penum. vers. sub condit. ne fundi.* Unde etsi largiremur, parem legati & stipula-

pulationis hac in re causam esse, nondum tamen probaret novationem: cùm tacita vel expressa legati ademptio nullo modo possit videri obligationis transfusio. *tit. Institut. de adempt. legat. l. 1 tot. tit. ff. de adimen. legat.* †Neq; omne etiam transfusum est nova- 61
tio: sed translatio quandoq; quædam legati conditionalis, quod erat in præstatione. *l. translatio 6. ff. de adimen. lega.* Itaq; quod *in d. l. 1. §. si ita. ff. ad leg. Falcid. d. l. 1. ff. de penu lega. d. l. si penum 24.* dicitur, *non solvente herede penum legatum tantùm 100. deberi, transfuso priore legato,* improprie dicitur, pro eo quod est *translatum,* & sic *ademptum,* per *d. l. 6.* ut ita circa legatum penoris ratio legis Falcidiæ haberi non queat: quæ lex se non extendit ad legata adempta, neque ad pœnalia. † De- 62
inde dispar ratio legati & stipulationis hac in re est: Nam pœnalis stipulatio nō ideo subjicitur, ut prior propter posterioris conditionem evenientem sit adempta & pro non contracta: sed ut eo magis sit securus creditor, & debitorem utraq; habeat obligatum. † Unde convenire licet, ut pœna petatur 63
nihilominus, rata manente præcedente stipulatione: h. e. ut utrumq; & res & pœna debeatur. *l. qui Romæ 122. §. fin. ubi Dd. hoc tit. l. rescriptum 10. §. si pacto. ibid. Dd. ff. de pact. l. qui fidem. ibi. Interpp. ff. de transactio. l. cùm proponas. ubi Dd. C. de transactio.* quanquam citra hanc conventionem alterutrius petitione ac solutione stipulator contentus esse debeat. *dict. leg. rescriptum 10. §. si pacto. cum ibi not a. dict. leg. qui fidem 16.* † Non etiam 64
obstat, si quis dicat: imò oportere distinguere inter *stipulationem dandi & faciendi*; cui subjecta sit pœnalis stipulatio: si *dandi stipulatio* præcesserit, non novari, nec de eo casu agere Paulum *in leg. obligationum ferè. §. fina. ff. de action. & obligat.* si verò *faciendi,*

novari per commissam stipulationem pœnalem, & in eo differre stipulationem *faciendi* à quocunque contractu faciendi, cui pœnalis stipulatio adjecta est *per l. prædia. ff. de action. empt. l. si quis à socio. l. seq. ff. pro soc.* hanc ob causam: quia ex stipulatione *faciendi* præcisè factum non deberi, sed id quod interest. *l. stipulationes non. hoc tit.* Quando autem pœnalis subsequitur stipulatio, censeri hanc pœnam loco ejus, quod interest, promissam: atque ita ab initio novatam, *arg. §. pen. & ultim. Institut. hoc tit. leg. ultim. ff. de præto. stipula. gloss. mag. ad leg. 1. ff. de action. empt.* † Non, inquam, hæc obstant: Etenim nec in faciendi obligatione id, quod interest, ab initio principaliter debetur, sed in subsidium sub conditione facti non secuti: ut ita nec hoc casu transfusio prioris obligationis in posteriorem contingat. *infr. cap. 9. concluſ. 4.* Deinde, si factum secutum non sit, adhuc in arbitrio stipulatoris est, ex stipulatione facti præstationem petere, atque ita id, quod interest, omissâ stipulatione pœnali. Quin imò convenire liceret, ut ratâ manente stipulatione pœna debeatur: Neutrum enim lege prohibetur: nec ratio est, cur hac in parte aliud affirmari debeat circa *dandi*, aliud circa *faciendi* stipulationem, quidquid Donellus, cui nec hac in parte suffragatur *dict. l. obligationum ferè. §. fin.* dicat. Nam si ista Pauli mens esset, si revera sentiret, in *faciendi stipulatione* contingere novationem, pœnali stipulatione commissa: non dixisset, *an verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat?* sed, *& revera novatio fiat?*

65

66 † At urget, sic proponi: *Sed si navem fieri stipulatus sum, & si non fecerit, centum: videndum, utrum duæ stipulationes sint pura & conditionalis, & existens sequentis* (stipulationis) *conditio non tollat priorem* (stipulationem) *an verò*

verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est. Sed nihil urgent; eodem res redit, nempe utrumque simul peti non posse, *& navem & pœnam*: nisi hoc disertè convenit: & ideò licet conditio sequentis existens non tollat priorem, nec unica sit stipulatio, instar tamen novationis se habere, si ex pœnali agere instituat. Nam & idem in *dandi stipulatione* obtinere idem Paulus *in d. l. obligationum ferè. §. si ita. de actio. & obligat.* respondit: *Si ita*, inquit, *stipulatus sim; si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exolutione fundus.* Pœnalis igitur stipulatio, propriè non est novatio, quia non est obligationis in aliam transfusio, sed debiti quædam alternatio. †Rursum objecerit aliquis huic 67
definitioni *leg. singularia. leg. certi 9. §. pen. & ult. leg. seq. ff. de reb. cred. si cert. petat.* ubi quod ex mandati vel ex depositi causa debetur, licet in mutui causam transfundere & transferre: idque humanitatis causa receptum esse etiam Africanus *in leg. qui negotia. ff. manda.* fatetur: Nec tamen his casibus novatio fieri dicitur. *dict. leg. singularia. & ibi Interpp. præsertim Donell. circa fin.* Ergo aliqua est translatio & transfusio debiti in aliam obligationem naturalem vel civilem, quæ tamen non est novatio. Respondetur, singularia quidem illa in mutuo & plerisque aliis negotiis recepta esse, sed non fieri in his negotiis unius obligationis in aliam translationem & transfusionem, sed contingere per solutionis fictionem, dum duo actus in uno occultantur, ut disertè Ulpian. *in dict. leg. singularia* testatur, & brevi quasi manu pecunia proficiscitur, ut ibid. Donel. post veteres, & Zas. latè. Nam si mihi decem debeas, eaque Titio mutui causa numerare jubeo, ea numeratione

tu mihi videris ſolvere,& ſimul eadem hæc à me ad Titium proficiſci.Item ſi tu à me centum,quę mandati cauſa debes, mutuo retines, videris mihi prius numeraſſe & renumerata à me metui cauſa recepiſſe:Atq; ita brevi manu,id eſt,uno actu fit,q; duobus actibus & ita longa manu faciendum fuiſſet. Novatio etſi quidem priorem obligationem tollit vi & efficacia pacti,quod ineſt:non tamen in ſe occultat actum ſolutionis,neq; abſolutè tollit priorem obligationem,ſed,quæ eſt, in poſteriorem transfundit, hac transfuſione tandem tollit priorem. Itaq; caſus *d.l.ſingularia.d.l.certi 9.§.pen.l.ſeq.l.rogaſti.ff.de reb. cred.ſi cert.* & ſimiles, nihil commune habent cum nova-
68 tione. † Antinomia autem *d.l.qui negotia ac d.l.ſingularia.*& alium requirit locum, & diligentiorem tra-
69 ctationem,quæ hujus loci non eſt. † Poſtremò objecerit aliquis *l.Stichum 95.§.aditio.ff. de ſolutio.* ubi aditione hereditatis dicitur aliquando jure confundi obligatio; veluti ſi creditor debitoris, vel debitor creditoris adierit hereditatem. Sed aliud eſt *transfuſio*, aliud *confuſio.Confuſio* duas ſpecies miſcet & in eãdem quaſi maſſam cogit commiſcendo; *transfuſio* tantùm transfert ſpeciem,ut in aliam ſpeciei formã redigatur & transformetur. Deinde nõ omnis trãsfuſio eſt novatio,ſed ſolummodo ea, quæ eſt obligationis in aliam obligationem,*d.l.1.d.§.præterea.* In facti ſpecie *d.leg. Stichum.§. aditio.* non transfunditur obligatio in aliam obligationis ſpeciem:ſed creditũ & debitum,hoc eſt,actio & paſſio ſimul confundũtur in una eademq; perſona eodem tempore, circa idem: quo fit, ut pro ea parte, qua confuſio fit, ſe invicem conſumant,& penitus evaneſcant.*l.heres 21.§.ſervo.§§.ſeqq.l.debitori 50.de fidejuſſo.l.1.l.2.l.pen.C.de hered.actio.*

VIII.

VIII. CONCLUSIO.

Novatio † alia est voluntaria, alia non-voluntaria, sive (ut vulgo loquuntur) necessaria; illa fit per solam stipulationem, hæc per judicii acceptionem, h. e. litis contestationem. 70

l.1.l.delegare 11. l.aliam 29. de novat. Donell. in Rubr. Cod. de novat. num. 6. & ad l. vinum. de rebus. cred. si cert. pet. Duaren. de nova. cap. 1. glos. & Bartol. in d.l.aliam. l.1. Cod. de judic. Speculator lib. 4. part. 3. tit. de oblig. & solutio. num. 24. vers. & dicitur hæc. per d.l.aliam. leg. Paulus. ff. de novatio. l. 1. C. de re judica. l. solutionem. ff. de solution. l. ultim. C. de usur. rei judic. Sebastia. Medic. de novat. par. 1. quæst. 2. in fin. † Voluntariam autem quãdam esse, eamque potissimùm imò propriè dici novationem, inter omnes convenit propter expressum text. *in d.l.aliam. ubi Bart.* Aliquam appellari & esse non-voluntariam sive necessariam, in controversiam vocatur: tum quòd JCtus *in dict. leg. aliam.* non dicit: *esse aliam necessariam:* sicuti dixerat *esse aliam voluntariam,* sed potius *novationi,* quia voluntaria sit, opponit *judicium:* non quòd sit novatio quædam, sed quòd non sit cum volente, *leg. inter stipulantem. §. 1. h. tit.* tum quòd etsi daretur, litis contestationem esse quandam novationem, hæc tamen non magis possit videri necessaria novatio, quàm quælibet alia. 71

† Sed esse quandam non-voluntariam sive necessariam, eamque contingere per litis contestationem, liquet primò ex oppositione illa *in d.l.aliam. de novat. aliam,* inquit Paulus, *causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt* &c. si nulla esset non-volũtaria, quæ dicitur vulgo necessaria novatio, frustra aliquam ap- 72

pellasset voluntariam. Et quamvis propterea, quòd pactum aliud dicitur nudum, non liceat asseverare, aliud esse vestitum: ut vulgus facit: contradicente Cujac. Donell. Hottom. Duaren. non tamen prohibemur ei opponere pactum quoddam nonnudum; quia nudum non sit à causa commercii & negotio, *per l. solent 15. ff. de præscript. verb.* Deinde huic novationi voluntariæ opponitur judicium acceptum *in dict. leg. aliam 29. & dict. leg. delegare 11. ff. de novation.* Frustra hæc fieret oppositio, si non inesset litis contestationi vis novandi. † Nec evertitur ex eo, quòd *in d. l. aliam.* notatur differentia inter litis contestationem & novationem voluntariam ratione effectus. Sicut enim specie & forma fineque specialiore differunt; sic & effectu formato ac finali: non autem quo ad effectum materialem, h. e. generalem & generis effectum: quia genere atq; ita materia hæ duæ species conveniunt. Nam de ea ipsa re, quę priùs debebatur per judicium, nova cõtrahitur obligatio, in quã etiam prior illa deducitur eo ipso, quod in judicium ducitur. *l. 3. §. idem scribit. de peculio.* Deinde priorem obligationem *judicium acceptum.* i. e. litis contestatio tollit, sub hac conditione, *si judicatum subsequatur. l. ult.* 74 *§. & ideo. C. de usur. rei judic.* † Tertiò probatur *per l. 1. C. de judic. judicio cœpto*, h. e. per litis contestationẽ *de sorte actione in judicium deducta, non perimitur stipulatio usurarum, quæ in judicium non venit: neq; ejus temporis usura, quod non est in judicium deductum.* Ergo si omnis temporis usura & tota hæc stipulatio deducta in judicium esset, peremptaquoq; censeri deberet tota, subsecuto judicato. Nam eatenus novat litis contestatio, quatenus per eam res aliqua debita in judicium deducta est, *l. 2. C. de judic.* Quartò expressè probatur *per d. l. ult.*

verf.

vers. & ideo. C. de usur. rei jud. ubi de hac re omnis dubitatio tollitur. † Quintò per litis contestationem ita novatur actio, ut quę tempore erat peritura fiat perpetua: *tit. Inst. de perpet. & tempor. actio. l. 2. l. ult. C. de annal. except. l. qui jurisdictioni. ubi Dd. ff. de jurisdict. omn. jud.* 75

† Sextò litis contestatio ita novat pœnalem actionem, ut quamvis eâ hæredes non teneantur per rationem *in l. sancimus. Cod. de pœn.* tamen judicio inclusa heredes obliget, non quia pœnalis sit, sed conventione litis novatâ, & ita ex quasi-contractu. *l. constitutionibus. l. sciendum. de action. & obligat. l. pœnalia. de regul. juris.* Quia verò tametsi litis contestatio non est invitorum, sed *actoris & rei* revera vel quasi consentientium in idem κρινόμενον, in eandem instantiam & judicem; ut ex definitione litis contestationis, *de qua in l. litis 36. de V. S.* † & quòd contractus quidam sit, atque ita novatio, *d. l. delegare 11. d. l. aliam. de novatio. l. unic. C. de litis contestat. l. fin. C. de usur. rei jud. d. l. 1. l. 2. C. de judic.* constat: judicium tamen, cujus causa suscipitur, cum invito est; *ut ex l. inter stipulantem. §. 1. h. tit. supr. quoque admonuimus:* ideoque hinc appellatur necessaria, & quasi coacta, seu, non voluntaria novatio. 76 77

† Sicut eodem sensu sequestrum aliud dicitur voluntarium, aliud necessarium: *c. 1. extr. de sequest. possess. l. unic. ubi Dd. C. de probib. sequest. pecun. & ibid. Azo in summ. Coras. libr. 3. miscell. cap. 2. Mynsing. observat. 35. cent. 5. Jacob. de Aretin. in tract. de sequest. nu. 2. & 3.* non quòd necessarium sequestrum non fiat voluntate, sive consensu: cùm sit species depositi atque ita contractus. *d. l. unic. l. 5. §. 1. l. licet. ff. depos. l. interesse. ff. de acquir. possess. l. si soluturus. ff. de solution.* sed quòd non mero consensu fiat: siquidem non aliter fit, quàm jurisdictionis necessitate intercedente. *Jacobus de Aretin. dict. num. 2. & 3. l.* 78

licet. depos. l. si fidejussor. §. fin. ff. qui satisda. cog. c. 1. c. 2. c. 3. extr. de sequest. possess. d. l. unica. Cod. de prohib. pecun. sequest.

79 † Non ergo obstant illa, quæ dubium *ex dict. leg. aliam.* facere videbantur: utrumque enim manifestò refutatur *per d. l. aliam.* explanationem, & considerationem vocis, *voluntariam.* Etsi quidem non expressit hanc vocem, *aliam esse necessariam*, h. e. non voluntariam *novationem:* res ipsa tamen satis indicat, quòd per exemplum judicii accepti oppositum voluntariæ, eam quæ omnino voluntaria non sit, JCtus in-

80 tellexerit. † Neque verò leges est scire, sed ipsum modò verba novisse, sed & mentem & vim earum. *l. scire le-*

81 *ges. ff. de legib.* † Sic non obstat, si quis cum Accurs. *in d. l. ult.* sic colligeret: si per litis contestationem fieret novatio, non eadem contingeret per judicatum. Sed per judicatum contingit *d. l. ult. in fin.* Ergo non per litis contestationem. Item nec illud: Si novatio esset, eosdem etiam omnes effectus, quos quælibet alia habet novatio, sortiretur: cùm talis sit causa, qualis à suis effectis esse arguitur. Sed eosdem effectus non habet, *d. l. aliam. l. solutum. ff. de pigne. action. l. grege. §. etiam. ff. de pigno.* Item nec illud: si novatio esset, non aliter procederet, quàm utroque illud expressè agente, *juxta l. fin. C. de novat.* atqui in litis contestatione illud neuter agit: Actor non; quia non hoc intendit, ut sublatâ vetere, nova tantùm sit obligatio: utpote qui sæpissimè veteri actione experitur: Reus non, quia cum invito judicium accipitur:

82 *d. l. inter 83. §. 1. h. tit.* † Sanè inveniuntur, qui metu harum objectionum concedunt, etsi litis contestatio sit novatio, non tamen propriè esse; quam sententiam sequitur Sebastian. Medic. *de nova. quæst. 2. part. 1.* Sed hoc *d. l. aliam.* & reliquæ supr. adductæ rationes for-

fortasse non patiuntur. † Sunt, qui asserunt, quibus- 83
dam casibus etiam per litis contestationem fieri, sed non esse perpetuum: itaque quoties casus sit, qui per litis contestationem non novabitur, jam per judicatum novari: atque ita primum & secundum Accursii argumentum conantur effugere: Non autem contingere multis modis, ut si hoc expresse nõ voluerint litem contestantes *juxta d.l.fin.* vel alter solus animo novandi litem contestatus sit, vel judex jusserit litem contestari &c. Sed & illi sine legum fundamento loquuntur, nec satisfaciũt supr. positis rationibus. † Dicemus igitur, tria illa argumenta eo- 84
dem vitio laborare: Falsas enim habent assumptiones desumptas à non causa ut causa, qua plerunque species cum specie confunditur nec rectè distinguitur. Nam judicatum per se & propriè, non novat; verùm inchoatam & antè factam per contestationem litis novationem & perficit & continuat. *l. 2. ff. de duobus reis. l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul. l. si ex duobus 16. ff. de duob. reis:* indeque novatio dicitur. *d. l. ult.* † Si- 85
quidem cùm actor jus suum deducendo in judiciũ, & hoc intendat & jura velint, ut eo ipso conditionẽ suam faciat meliorem, non deteriorem, *l. non solet. l. nemo enim. ff. de regul. jur.* censetur sub hac conditione litem contestando novationem fecisse, ac transfudisse priorem obligationem in hanc judicialem, si sequatur sententia & res judicata. † Eodem modo 86
consequens secundi argumenti declarandum est; imò uti diversa est novationis species peculiari suâ formâ consistens, ita etiam speciales habet effectus ab altera novationis specie diversos. Idem videmus accidere etiam necessariæ sequestrationi *juxta d. leg. unic. Cod. de prohib. seq. pecu. d. c. 1. 2. 3. extr. de sequest. fruct.*

Idem accidit stipulationi prætoriæ & conventionali, ut infr. dicetur: Idem cõtractui bonę fidei & stricti juris. *§. in bonæfidei. ubi Dd. Instit. de actionib. l. 3. C. de usur.* Ut enim diversæ sunt species, sic diversos etiam habent effectus. Ideoque hi effectus ita arguunt suam causam *in dict. l. aliam.* ut non negent esse novationis
87 speciem; sed non esse eandem cum voluntaria. † Postremi quoque minor malè ad hanc speciem transfertur: siquidem non de omni novatione, sed sola voluntaria hoc introduxit Justinianus *in dict. leg. fin. Cod. de novatio.* circa illam, inquam, de qua olim dubitationes emergebant, an novatio esset facta, nécne? quia probabilia erant argumenta, quę factam esse negabant: erant, quæ affirmabant: Hæc dubitatio non accidit olim circa litis contestationem, sed so-
88 lummodò in voluntaria novatione. † Deinde cùm litis contestatio utrinq; hoc animo fiat, ut de illa cõtroversia & lite ad eundem judicem eatur. & quod judicatum ab eo fuerit, custodiatur, nisi fas sit provocandi; quis negare potest hîc omnem novandi a-
89 nimum adesse? † Quibus ita discussis intelligimus: Necessariam, aut, si mavis, non-voluntariam, novationem esse eam, quæ fit per litis contestationem, sed sub conditione judicati. *dict. leg. aliam. d. l. ult. d. l. 1. l. 2. C. de judic.* Voluntariam verò eam, quæ per stipulationem, *Bart. in l. 1. & d. l. aliam. post gloss. ff. de novat. Speculat. d. tit. de obligat. & action.* libera voluntate sine
90 judicii necessitate. † Sed an sola stipulatione fiat, controversia rursum non caret. Nam *Bart. in l. 1. nu. 3. ff. de novat.* per alium etiam contractum quàm stipulationem posse voluntariam fieri novationem contendit, *arg. l. si mandatu meo 45. §. fin. ff. manda.* coq; illa omnia, quę stipulationis meminêre, spectare asserit;

quòd

quòd subsecutâ stipulatione faciliùs præsumebatur olim novatio, quàm quis alius contractus: nec ideo *d.l.item illa 18. in fin.ff.de constit.pecun.* obstare. Nactus quidem est plures sequaces, ut Bolognet. Marian. Soci.sed malè. Verius enim est solâ stipulatione voluntariam confici novationem, *per §.præterea.Institut. quib.mod.tolli.oblig.d.l.fin.C.de novat.l.2.vers.novari potest, & transire in verborum obligationem. l.5.vers. & stipulatione. l.seq.l.7.d. si Stichum. per tot.l.delegare 11. l.quotiens 14.l. si quis 22. l.novatio 24.l.si is cui. vers.alioqui utrumq; stipulatus videtur & utrumque novatum. l.fundum 28.l.seq.vers.si post divortium dos in stipulationē deducatur. l. si rem 31.l.seq. l.pen.l.ult. ff.de novatio. l.1.l.3.l. 5.l.7. l.fin.* C *eod.Sebastian. Medic. de novat.quæst.4.part.1.num.1.2.3.5.6.7. & quæstion. 7.num.21.22.23.d.part.1. Riminald.ad l.si unus. §. pactus.nu. 50.ibid. Bartol. num. 2. ff. de pact. Duaren. de novatio: cap.2.*

† Nec diversum probatur *per d. l. si mandatu meo 45.§. fin. ff. mandat.* Diligenter observanda est quæstio & accommodatio. Quæstio quidem est: Titius à me centum mutuo accepit; tu fidejussor ejus à me conventus,cùm moram faceret Titius, *juxta l.3.l.5.l.si alienam 19. C. de fidejuss.* mihi mandas actiones tuas, & me procuratorem in rem meam eo modo cōstituis: convenio Titium mādati actione à te mihi cessa, ac si mihi cessis actionibus satisfeciisses: sed in judicio succumbo:quæritur,qua actione mihi tenearis?Respondet Paulus:*Idem juris esse,si mandatu fidejussoris cum reo egissem, quia sequenti mandato liberaretur* (fidejussor scilicet) *ex priore causa:* ex stipulatione videl.fidejussoria. Cur liberaretur?an propterea,quia per hoc mādatum sit novata stipulatio?Glos.quidem & Bartol. hoc volunt: sed non ita est. Quid igitur? Vera ratio latet in his verbis, *idem juris est.* Hæc enim ad præce- 91

dentia JCti verba se referunt. Nam in præced. *§. quòd mihi.* ita Paulus effatur: *Quod mihi debebas, à debitore tuo stipulatus sum periculo tuo; posse me agere tecum mandati, in id, quod minùs ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus ajunt: quamvis* (id est, cùm, quandoquidem; sive, *quoniam*: nam etsi hæc particula naturâ suâ est adversativa & correctoria, *Bart. ad l. 3. §. in hac. nu. 3. ff. commod. l. ubi autem. §. qui verò. ubi Dd. hutit. l. qui jurasse. ff. de jurejur.* tamē est & disjunctiva, & causalis, & quandoque prioribus addit, autore Alberico Nebricens. gloss. & aliis *in d. l. qui jurasse. d. l. 3. §. in hac. l. qui saccum 77. ff. de furt.*) *id mandatum ad tuam rem pertineat, & meritò: tunc enim* (plenè & sine ullo periculo nominis) *liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus* (debitoris delegati) *creditor secutus est; non* (plenè liberatur, sed nominis periculum sustinet & mandati tenetur) *cum periculo debitoris* (delegantis & suo periculo mandantis) *ab eo* (debitore delegato) *stipulatur. Idem*, inquit Paulus, *jus esse, si mandatu fidejussoris cum reo egissem*: scilic. ut plenè liberatus non sit, sed egisse videar periculo fidejussoris actionem mandantis: ut si nihil ea actione exegero, sed vincar, regressum habeam adversus eum ipsum, per mandati, quo me procuratorem in rē meam faciebat, actionem. Quid igitur? Non agam ex stipulatione? Etsi id diserte non dicat Paulus, tamen illud *§. f. quia sequenti mandato* innuit, & ex præcedētibus elicitur: modò prior obligatio revera novata sit, ut nulla supersit alia, quàm hæc mandati: ut in præcedenti facti specie: si verò novata non sit, adhuc agetur. *l. licet. §. ea verò. ff. de procurato.* Itaque aut
92 hoc fatendum est, † particulam *quia*, pro particula *si* positam esse (uti vice versa *si* pro *quia* poni solet *in l. 4. ff. de in lit. jurand. l. Titium 47. §. à matre. ff. de administ. tutor.*

tutor. l. 3. de legat. 1. Tiraq. ad l. si unquam. verb. si. num. 2. C. de revoc. don.) ut sensus sit, ita demum mandati agi tãtùm, *si per sequens mandatum*, id est, per cessionem actionum, cui cohæret mandatum, *hoc actum fuerit*, ut à stipulatione liberatus esset fidejussor: aut retenta vocis *quia* significatione naturali, fateamur, eo ipso fuisse à stipulationis vinculo liberatum, quòd actiones suas (suo licet periculo) in solutum mihi dedisset, easq; cessisset. Nam hac cessione non novari, sed finiri & satisfactione extingui obligationẽ juris est notissimi. Quam posteriorem interpretationem vel ideo amplectendam puto, tum quòd mãdati actione adversus debitorem nõ rectè per se vel per alium agat fidejussor, nisi satisfecerit creditori, suamq; fidem liberaverit. *l. qui debitorem 18. l. si fidejussor 31. ff. de fidejussor. l. mandati 14. C. eod.* tum quòd ita magis magisque accedat ad rationem & consonantiam. *l. licet. §. ea. in fin. ff. de procurato.* & eleganter conveniat *cum §. quod mihi. ver. tunc enim &c.* † Sicuti enim non liberatur plenè debitor per delegationem, quando creditor delegatum nomen recipit periculo delegantis, quin is adhuc maneat obligatus mandati: sic nec fidejussor in solutum cedens & mandans suas actiones contra reum principalem, à creditore plenè liberatur, sed sub conditione si nõ succumbat, & satis efficaces cedendo mandaverit actiones: alioquin mandati teneatur. † Qua posita declaratione liquidissimè patet, nullam probari *in d. l. si mãdatu 45. §. fin. ff. mand.* novationẽ: aut si qua subesset, hæc non contigisset per mandatum illud, sed subsecuto mandato per litis contestationem. *l. delegare 11. ff. de novatio.* cùm ille demum agere & egisse dicatur, qui litem contestatus est. *l. unũ. ubi Jas. Costal. Donell. late. ff. de reb. cred.* 93 94

si cert. pet a. & per cõsequens Bartoli opinio legitimo
95 destituitur fundamento. † Porrò nec illud ferẽdum est quod Sebastian. Medic. *de novation. quæst. 7. part. 1. nu. 21. 22. 23.* asseruit: Voluntariam novationem fieri dupliciter: uno modo per stipulationem: altero modo per litis contestationem, quãdo creditor debitorem in judicio convenit, & quidam tertius pro eo comparet, & in se suscipit judicium, & in se transfert omnes obligationes, & promittit confidejussoribus solvere de suo, si condemnabitur. Sed aut fit hęc novatio sola litis oblatione & contestatione: aut stipulatione: Hoc posteriore casu rectè dixerit esse voluntariam, quæ certè nõ magis contingeret per litis contestationem, quàm quilibet alius cõtractus, qui præsente judice in judicio perageretur, cujusmodi sunt stipulationes prætoriæ: priore casu non dicetur voluntaria, sed necessaria, *per l. delegare ii. de novat. Du-*
96 *aren. de novat. cap. 5.* † Non enim necessaria discernitur à volũtaria respectu consensus & voluntatis simpliciter, ac si nihil sit voluntatis etiam in necessaria novatione: sed ἀφ' ἑτέρου, ut suprà simili illustravimus: quia nisi ultrò subeat hãc novationis necessitatem, reus ejúsve procurator aut defensor, captis pignoribus, missione in possessionem bonorum aliisque similibus ad illud volendum cogeretur. Cùm itaque ab hac necessitate reum is, qui se ita liti, tanquam de-
97 legatus, *dict. leg. delegare ii ff. de novatio.* offert, hoc modo liberare conetur: etsi quo ad se sponte intercedat, respectu tamen causæ & rei, pro quo intercedit, necessariam suscipit conventionem.

IX. CON-

IX. CONCLUSIO.

Voluntaria † novatio aut cum ipso debitore 97
vetere interponitur: aut cum alio debitoris obligationem in se suscipiente.

§. est autem. §. præterea. Instit. quib. mod. toll. obligat. l. 8. l. seq. l. delegare 11. ff. de novat. Cum ipso debitore fit, aut secunda stipulatione post primam interposita, maximè si plus sit in hac posteriore, quàm in illa priore: aut si quilibet alius contractus, seu quod ex alia qualibet causa; puta depositi, cõmodati, empti, locati, constituti, dotis, tutelæ, legati, fideicommissi, pacti, &c. debetur, in stipulationem novandi causa deducatur, *l. 5. l. si Stichum 8. in princip. & §. 1. §. si quis ita. §. si ab alio. leg. seq. l. quotiens 14. l. fundum 28. l. si rem 31. ff. de novatio.* Neque solùm cum ipso vetere debitore per secundam stipulationem novatio iniri potest, si aliquid amplius, vel minus sit in posteriore, quàm priore, puta dies, conditio, alia res pro alia, fidejussor, &c. ut voluit Sebastian. Medic. Bartol. *in leg. qui usumfructum. h. tit.* Duaren. *dict. cap. 2.* & Mynsing. *num. 8. post Theophil. & gloss. in §. præterea. vers. sed si eadem. Instit. quibus modis obligat. tolli.* Verumetiam si nihil amplius sit in posteriore, quàm priore, modò hoc perspicuè actum sit, ut per hanc posteriorem esset prior novata atque sublata, *per leg. si Stichum 8. in princip. l. Paulus 30. ff. de novat. l. qui bis 18. ibi Cujac. & quæ infr. annotabimus ad hoc responsum. h. titul. Donell. ad Rubr. Cod. de novatio. num. 6. vers. hæc aut cùm.* † Nec refragatur *dict.* 98
§. præterea. vers. sed si eadem: ubi Justinianus: *Sed si eadem,* inquit, *persona sit, à qua postea stipuleris; ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: fortè si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur vel detrahatur.*

Non enim Iustinianus hæc præcisè & per modum regulæ proponit, sed tãquam jus vetus, quemadmodum indicat ℣ſ. *ſed quoniam hoc quidem.* Et omnes facilè fatentur *poſt gloſſ. ibid. Bartol. in d. l. qui uſumfructum.*

99 † Quid igitur jus vetus hac in re obſervavit? certè veteri jure non dubitabatur, per poſteriorem eſſe priorem novatam ſtipulationem, ſi diſertè hoc expreſſum erat: itaq; tum jus illud non conſiderabat, eſsétne plus vel minus in priore aut poſteriore ſti-

100 pulatione; eſſétne quid detractum vel adjectũ. † In manifeſtis quippe & expreſſis conjecturis non eſt locus. Si verò nihil expreſsè dictum actumq; eſſet, dubitatio illo jure emergebat, num eſſet prior novata: quia hoc vel tacitè actum eſſe ſufficiebat. Igitur recurrebat ad conjecturas id, quod tacitè actum eſſet, probabiliter indicantes. Et hinc tot quæſtiones, utrum in hac vel illa facti ſpecie contigerit novatio? Veluti, ſi quis prius uſumfructum, pòſt ſtipulatus ſit proprietatem; & vice verſa. *l. qui uſumfructum. h. titul.* prius actum, pòſt iter, vel contrà. *l. ſi pupillus 9. in fin. de novatio.* ſi uſusfructus debitorem meum tibi delegavero, & ab eo ſtipulatus ſis: *leg. 4. de novatio.* ſi judicatum ſolvi quis ſtipuletur. *l. ſi Stichum 8. §. idem Celſus. ff. de novatio.* ſi prius fundum, pòſt fundi æſtimationẽ quis ſtipuletur, *l. fundum 28. eod.* ſi fidejuſſorem dari de eadem pecunia ſtipuletur. *l. fin. Cod. de novatio. &c.*

101 † Certè de his conjecturis rectè aſſequendis hæc dabatur regula: ut *quoties mutata eſſet perſona, intelligeretur novatio facta: ſi eadem perſona promiſiſſet, ita demum, ſi quid in poſteriore ſtipulatione novi ſit: exempli gratia, conditio, aut dies, vel fidejuſſor, aut major minórve ſumma. d. l. fin. C. de novat.* Et illud eſt quod *in d. verſ. ſed ſi eadem.* Juſtinianus

102 proponit. † Cui cùm hæc regula & incerta & lubrica vi-

ca visa sit, cujus prætextu sæpe per interpretationem inducebatur novatio contra utriusq; vel alterutrius voluntatem, quæ tempore secundæ stipulationis erat: interdum etiam repudiabatur, tametsi animus novandi utrinq; fuisset, sed nihil contrahentes ejus expressissent: tandem *per d.l.fin.* has ambages, & hanc regulam interpretandi eliciendiq́ue animum stipulantium penitus sustulit; alia nova restituta regula, qua cavet, ut *nullo modo per interpretationem inducatur novatio; nec ea facta intelligatur, sive secunda interponatur stipulatio post priorem, sive quælibet alia in eam causa deducatur, nisi expresse verbis dictum, certaque demonstratione, quæ nominis vice fungitur, d.l.certum est. de reb. cred. si cert. pet. declaratum sit.* Et hanc novam regulam *in vers. sed cum hoc.* inculcat Justinia. Itaque Duareni, Mynsing. Gloss. Bartoli, Theophili, Sebastiani Medic. & reliquorum omnium supr. relata sententia falsò nititur intellectu *d. vers. sed si eadē.* & quæ καθ' ἄλλο dicta sunt, accipiunt καθ' ὅλων. Deindè etsi maximè largiremur, id ita antiquo jure fuisse; tamen hodierno & novo secus esset: quippe plus valeret, quod disertè ageretur, quàm hunc in modum simulatè per interpretationem inducerētur. † Sed circa declarationem *d. §.* 103 *præterea in fin. & d.l. fin. Cod. de nova.* movetur quæstio: Etsi quidem hodie non fiat novatio ipso jure, nisi id disertè exprimatur: contingátne tamē ope exceptionis in iis casibus, in quibus olim tacitè fieri intelligebatur? Hoc quidam ausi sunt affirmare. *gloss. in l. penul. de prætor. stipula. & in l. fin. Cod. de novation. ubi Salyc. num. 3. Johan. Petr. Surd. consil. 345. num. 35.* Sed cùm sine lege loquantur, & ita efficacia *l. fin. Cod. de novatio.* illudatur, magis est, ut negativæ *tum Andr. Gailio observat. 30. libr. 2.* secuto, hac in parte autoritatem Imo-

læ *in leg. qui usumfructum. num. 2. h. tit. & Salycet. ad d. l. fin.* subscribamus. Quam etiam sententiam amplexa est Facultas nostra in ultimo responso, quod extat inter consilia à Dn. Johanne Borcholt subscripta. Atque hæc ita se habent, si cum vetere debitore ipso nova-
104 tionem faciamus. † Cum alio debitoris obligationem in se recipiente, vel per stipulationem (de qua nunc tantùm) vel per litis contestationem, *l. delegare 11. ff. de novatio.* novationem duplici modo inimus; aut simpliciter, aut per delegationem. Simpliciter, si quilibet extraneus sua sponte etiam invito & reluctante principali debitore, nedum eo absente, vel ex post-facto ratum habente, animo in se transferendi obligationem liberandique reum principalem promittit stipulanti creditori eandem novationem diserte volenti. *l. 1. l. si is cui 26. l. te hominem 32. ff. de*
105 *novatio. l. fin. C. eod.* † Sicut enim pro invito rectè solvitur, sic & novatur, & novatione liberatur. *leg. solutione 23. de solution. l. 1. h. tit. Donell. in Rubr. Cod. de novation.*
106 *num. 6.* † Per delegationem fit novatio, si mandante suo creditore reus promittat idem debitum mandantis creditori. *leg. delegare 11. leg. seq. l. doli 19. leg. si debitorem 21. l. emptor 27. l. se hominem 32. l. seq. ff. de novatio. l. 1. l. 2. l. 3. l. 6. l. 7. Cod. eod.* Exempli gratia: Debes mihi mille ex mutuo; ego similiter Titio debeo mille ex empto: jubeo ut mille, quæ mihi debes, solvas promittasque Titio, ut ei in solutum cedant: hunc jussum acceptat Titius, & à te stipulatur: *mille, quæ isti creditori tuo debes, mihi dare spondes? Spondeo.* Per hanc stipulationem delegationis novatur tua obligatio, eaque à me in alium, nempe Titium, transfertur, &
107 in aliam debendi causam transfunditur. † Est ergo delegare vice sua alium reum dare creditori. *l. de-*

legare.

legare. de novat. l. 1. l. 3. Cod. de novat. ubi Donellus. Non autem aliter datus intelligitur, quàm si reus alter ille vice dantis fiat: Nec fit aliter, quàm si is qui datur, etiam promittat hoc animo, ut vice delegantis sit stipulanti obligatus. *d. l. delegare 11. l. emptor. de novation.* † Nemo enim invitus delegatur, neque invito, *l. 1. l.* 108
nec creditoris. Cod. de novation. neque invitus delegat. Nam in delegante requiritur jussus, qui sine cõsensu, scriptura, vel voce, aut nutu expresso nequit expediri, *argu. l. delegare 17. & de novat. l. 1. & seqq. quod jussu.* & ex eo jussu initiũ accipit delegatio, i.e. ea novatio quæ fit per delegationem. † Ideoque si quis absente 109
me, vel ignorante, à debitore meo stipulatus est novandi animo: nullius momenti hæc est novatio carens justo delegationis principio, nisi postea ego ratum habeam. *leg. si quis 22. ff. de novatio.* tum enim hæc ratihabitio retrotrahitur ad initium illius stipulationis, ac si tum mandassem ratumque habuissem, *argument. l. fin. Cod. ad SC. Macedonian.* † Nec huc trahi 110
potest, quod modò diximus, absente & reluctãte reo principali, posse aliquem novare, transferendo in se obligationem: quod verum est, si hoc simpliciter agatur, secus si promittat debitor tanquam absentis 111
vel inviti illius debitor, hoc est, animo novandi & transferendi confundendique obligationem, qua hujus stipulantis debitori obstrictus est, *per dict. leg. delegare 11. & d. l. si quis 22.* quippe non simplex hæc esset novatio, sed delegatio; quæ, nisi à jussu & ratihabitione, non incipit: & eo potissimùm differt delegatio à simplici novatione. † Pari modo non 111
sufficit delegantis voluntas & jussus, nisi etiam consentiat creditor, cui vult delegatum: quippe invito nihil datur. *argument. leg. si mandatu 45. §. penult. ff.*

mandat. l. 2. l. 3. C. de novatio. l. penult. ff. eod. nec invito aliud pro alio solvitur, *l. 2. §. 2. ubi Dd. ff. de reb. credit. si cert. petat.* Sic nec ex eo, quòd creditor creditori suo debitorem delegat, continuò tenetur huic creditori promittere, nec invitus cogitur. *l. 1. l. nec creditoris. Cod.*
112 *de novat. l. si debitorem 21. ff. eod.* † Nec facessit negotium, quòd invito & ignorante debitore possum creditori meo actiones meas mandare, vendere & cedere. *l. 1. C. eod.* Etenim delegatio cùm sit novationis species, non potest contingere, nisi intercedente novo contractu, *stipulatione* scilicet, aut *litis contestatione. d. l. delegare 11.* atque ita etiam consensum plenum aut remissum saltem requirit, quo promittat creditori meo idem, quod mihi debet. *d. l. 1.* Atqui mandatum inter mandantem ac mandatarium; venditio nominis inter solum emptorem & venditorem, ut & cessio perficitur. Ideoque non in his, uti in delegatione, assensus debitoris attenditur. *Gloss. & Donel. ad l. 1. l. si delegatio 3. C. de novat.* Atque hæc hactenus de novatione, cùm simplici, tum ea quæ fit per delegationem.

X. CONCLUSIO.

113 *Est,* † *stipulatio omnis tam plurium quàm singulorum reorum & stipulandi & promittendi.*

l. si duo 128. h. tit. l. 2. l. 3. & tot. tit. ff. & C. de duobus reis. Bartol. ad tit. ff. & Cod. de duobus reis. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolution. cap. 12. Duarenus de duobus reis. in princip. idque utilitas creditorum peperit, id agentium, ut in eo quod sibi debetur, tutius & melius cautum
114 sit. *Donellus cap. 1. de duobus reis.* † Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi.

tendi. Nam etsi, *reos*, usitato more loquendi, interpretamur eos duntaxat qui debent, quibusq; cũ judicio experimur, de quibus prodita est regula juris *in l. favorabiliores.* de R. J. & quibus edi debet actio. *l. 1. ff. de eden. l. edita. Cod. eo.* quique in jus vocantur & fugere dicuntur, *l. properandum. Cod. de judic.* & accusari & conveniri, *l. qui accusare. C. de eden. l. 5. ff. de custod. reor. libos accusare. de accusa. l. actor. l. seq. quod de probat. &c.* quippe, qui in crimen aut aliud quodlibet judicium vocatur, præcipuè de rebus suis periclitatur: tamen & is, *reus*, cui quid debetur, & qui agit, rectè dicitur. *l. 6. cum ibi not at. ff. de verbor. signific. l. 5. §. conventionales. hoc tit. l. si duo. ff. de recept. arbitr. l. si unus. ff. de pact.* Quo sensu Cic. 2. de Orato. *Reos*, inquit, *appello non modò eos, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur.* † Itaque ut *rei credendi, rei debendi* dicantur, generale est; & ad omnem contractum spectat, sive depositum sit, sive commodatum, sive societas sive mandatũ, &c. *d. l. si unus. ff. de pact. l. eand. ff. de duob. reis. l. si nõ singuli. ff. de reb. cre. si cert.* Imò & ex testamento, *d. l. eand. ff. de duob. reis. Don. ibi. C. c. 12.* † Quando autem ad stipulationem referimus, plerunque specialiùs dicuntur *rei stipulandi, rei promittendi*; non quòd in cæteris contractibus non etiam promittant, sed quòd stipulatio nunquam sine diserta promissione contrahitur. † Quòd si unus uni, vel alius & alius, nõ idem; sed aliud & aliud promittit; vel pluribus unus idemque aliud & aliud stipulantibus spondeat; singulorum & singulares contractæ erunt stipulationes: correi neque credendi, neque debendi erunt. *l. si id quod. l. eandem. §. 1. ff. de duob. reis. l. si servum. in princip. hoc t. Donell. de duob. reis. cap. 3. & 4. Duare eod. cap. 1. 2. 3. Mynsing. & alii. Institu. eod. Bart. ad dict. l. eandem. in princip. & §. 1.* Si verò unam

115

116

117

eandemque rem à duobus pluribúsve unus idemque in solidum stipuletur eo animo ut correi sint; jam duo rei promittendi dicentur. *l. 2. l. 3. §. ultim. ff. de duobus reis. §. penult. Institut. eod.* Quòd si duo plurésve eandem rem ab uno eodemque singuli in solidum eodem animo ut correi credendi sint, duo rei stipu-
118 landi facti dicentur. *dict. §. penult. Institut. eod.* † Itaq; *duo rei stipulandi* rectè definiuntur, *qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. dict. §. penultim. In-*
119 *stitut. de duobus reis.* † Quatuor enim sunt, quæ *duos reos stipulandi* faciunt, non separatim, sed concurrentia: ut si vel unum deficiat, correi credendi sive stipulandi non sint. Primò, ut eandem rem stipulentur omnes: Secundò, ut ab eodem: Tertiò, ut solidam singuli: Quartò, ita solidam, ut tamen una eademque res versetur in utriusque obligatione acquisita: *per dict. leg. 2. l. 3. l. 6. eandem. §. penultim. & ultim. l. si id quod. ff. de duobus reis. §. penultim. Institut. eod.*
120 † Itaque si impar rerum sit contracta obligatio, veluti si unus præter ejusdem corporis dationem, culpæ vel casus præstationem stipulatus sit; non erunt duo rei stipulandi, etiamsi hoc maximè vel-
121 lent, *dict. §. penultim. dict. leg. eandem. §. penult.* † Quod si verum est, quantò magis nec illi duo rei stipulandi erunt, quorum alter ab eodem usumfructum, alter dotis nomine stipulatur. Quinimò etsi unus idemque ususfructus ejusdem fundi in stipulatione duorum fuerit, non una tamen, sed duæ erunt stipulationes; quia alius & alius ususfructus intelligetur promissus; cùm constitutus personis singulis cohæreat, nec per partes etiam constituatur. *dict. leg. si id quod 15. Donell. de duobus reis.*

capit.

capit. 3. numer. 3. † Quòd si duobus stipulantibus 122
decem dotis nomine promittuntur: non eadem
decem, sed singulis decem intelligentur promissæ:
ut enim duæ intelligentur nuptiæ in singulis sin-
gulæ, cùm sine matrimonio dos non intelligatur,
leg. 3. ff. de jur. dot. ita etiam duæ dotes promissæ, *dict.*
leg. si id quod. Donell. dict. numer. 3. † Nec enim suffi- 123
cit mens & voluntas, nisi negotium quoque ap-
tum sit, cui ejusmodi voluntas accedit, *ut in pari*
argumentatur Gratianus in cap. sufficiat. §. cùm ergo 27. quæ-
stion. 2. † Planè ubi duo simpliciter decem, vel 124
ab uno emptore duo venditores ejusdem fundi de-
cem precii nomine stipulentur, cùm hæc stipula-
tio possit divisa videri; aliquid voluntas & mens o-
peratur, ut una eademque sit stipulatio, alioquin
duplex fiatura. Ratio est; quia ut hîc non duæ, sed
una eademque summa intelligatur, mens & volun-
tas efficere potest: ut verò duarum personarum do-
tes duæ, una eademque dos intelligatur, uti per na-
turam fieri non potest, sic nec per conventionem.
† Sic ut una sit stipulatio duorum stipulantium, 125
pari ratione velle contrahentium efficere non po-
test, si Titius & Sejus singuli à singulis stipulen-
tur eundem Stichum: puta hunc Stichum Titius
stipulatur in solidum à Sempronio: eundem hunc
Stichum Sejus stipulatur à Mævio. Diversæ enim
personæ stipulantium & promittentium diver-
sas quoque & proprias singulis in singulos obliga-
tiones pariunt. Quòd si singuli etiam partes ejus-
dem Stichi ab eodem stipulentur, rursum non e-
runt duo rei stipulandi; cùm non una, sed duæ men-
te contractæ sint obligationes, *dict. §. penult. l. reos. §.*
1. ff. eod. Quòd si ita etiam eandem rem in solidum

singuli stipulentur, ut uni rei solutione facta, ab altero non liberetur, sed æstimationem præstet, vel quanti interest non dari, rursum non erit duorum reorum obligatio una, sed duæ obligationes contractæ, *dict. §. pen.* Itaque hoc agi oportet, vel actum intelligetur; ut una res omnibus debeatur, quæ sola versetur in utriusque obligatione; & uni soluta
126 liberet ab altero, *d. §. pen.* Donellus *d. c. 3.* in fine.† Vice versa duo rei promittendi sunt, quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promittunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unam tamen omnes debeant, *dict. l. 2. l. 3. §. ult. ff. de duobus reis. Donellus eodem cap. 4.* Ergo omnia ex contrario in duobus reis promissoribus requiruntur concurrere, quæ in duobus diximus reis stipulatoribus: quatuor videlicet: Primò, ut eandem rem promittant omnes: Secundò, ut uni eidemq; promittant: Tertiò, ut solidam singuli: Quartò, ita solidam, ut tamen una eademque res versetur in utriusque obligatione: ut unam eandemque rem debeant: atq; ita quo ad rem una eademque sit obligatio. Itaque, quocunq; modo, ratione rei promissæ impar obligatio à duobus suscipitur, placet duos reos non esse: veluti si duo Stichum promittant, sed nominatim caveatur ab uno, ut negligentiam aut casum quoque in ea re præstet, *l. si servum. de verborum obligation. dict. l. eandem. §. 1. ff. de duobus reis.* Si tamen ab initio utrique culpam promisissent, & ex post-facto remitteretur uni culpæ præstatio, non propterea desinet hæc obligatio esse duorum reorum, altero eorũ
127 de culpa obligato manente: *d. l. eand. §. 1.*† Non enim eventus, sed initium cujusque contractus inspiciendum est, ut ex eo judicetur quid & quale negotium,

& quis

& quis contractus sit celebratus. *l.8.mandati.l.1.§.idem Pomponius quærit.ff.depositi.* † Sic si duo fabri eandem 128
insulam eidem fabricare promittant, non aliter erit duorum reorum promissio, quàm si utrique sint ejusdem fabricandi peritiæ. *l.5.ff. de duobus reis.* Nam si diversa peritia fuerit, non una eademque opera, non unum idemque artificium videri potest promissum, sed diversa, *per l. inter artifices de solution.* Et tot erunt obligationes, quot artificia & artificii promissores: quanquam si unum idemq; ἀποτέλεσμα, id est, opus operâ utriusque factum, non operæ promissæ sint, jam videri possit duorum reorũ una obligatio; quia una res sit, quæ debetur. *l.itinere.§.1.cum ibi notat. ff.de verbor. signific.* † Ut uni duo promittant, 129
ut solidam; ideo necesse est: quia si duobus duo promittunt: singulæ erunt stipulationes, totidem scilicet, quot stipulantibus singulis singuli respondèrent: ut & totidem sunt stipulationes, quot res in stipulationem veniunt: *l.1.§.penult.l.quod dicitur.h.tit.* Quot autem partes, etiam ejusdem corporis, licet pro indiviso, aut summæ exprimuntur, tot sunt etjam res expressæ, cùm singulæ partes & summæ per se spectentur, argumento eorum quæ annotantur *in l.rectè dicimus 25.de verbor. signific.* & illud est quod *in l.2.l.3.in princip.& fin.l.reos.§.1.ff.de duobus reis*, docetur: cui consentit. *l.1.Cod.si plur.una sentent.fuer.conden. l. cui fundus.de condit.& demonst.* Nisi partes & summæ hoc animo enumerentur, ut priùs demonstratæ, deinceps totius sui ambitu conclusæ uni à singulis in solidum promittantur, non per partes nec per summas; atque ita disertè hoc agatur, ut una sit res unaque obligatio, ex qua unum idemque à singulis debeatur. † Quod unde intelligatur, si expressè dictũ 130

non sit, potissimùm spectat ad quæstionem de interpretatione: & prolixiùs examinat Donellus *d. c.*

131 *4. num. 6. & seqq. de duobus reis.* † Forma stipulandi ac promittendi eadem stipulationis observanda est, quæ in cap. præcedente descripta. Oportet enim singulos interrogare reos stipulandi: quibus omnibus simul, aut singulis post singulos respondebit continuo actu & congruo sermone, non ex intervallo promissor. Nam si hodiè uni, cras alteri respondere velit, nihil actum erit; tametsi hodie uni stipulanti, cras alteri similiter stipulanti in continēti respondere, & ita utriq; reo stipulandi in solidum de eadem re obligare se possit, quoties hoc actum ut duorum sit reorum obligatio. Et vice versa, uni stipulanti singuli in continenti, quando interrogantur, respondere debent, ut fiant rei promittendi; tāetsi alter hodie per stipulationem, cras alter accipi possit, *per l. 4. l. 6. in princ. & §. fin. l. his verbis 8. l. si ex duobus 12. ff. de duobus reis. §. 1. §. 2. Institut. eod.* alter purè, alter sub conditione, vel in diem. *l. si ex duobus. ubi Bartol. ff. de duobus reis. Duaren. eod. cap. 1. Anton. Gomez. dict. c.*

132 *12. tom. 2.* † Sed hîc in quæstionem potissimùm ad hujus capitis scopum spectantem incidimus. Diximus suprà quis summus & extremus finis sit stipulationis: diximus etiam hunc summum finem dupliciter nos assequi; principaliter & accessoriè: cujus utriusq; finis secundarius est, cautio & securitas. Quid ergo: an & duorum reorum stipulatio promissioq; utroque modo nobis hunc finem confert? An oportet utrumq; reum stipulandi esse principalem; & utrumq; promissorem principales reos debendi? an verò possunt esse accessorii, h. e. fidejussores, atq; ita accessoriè omnes stipulantes vel promit-

tan-

tentes? Bart. quidem *in l. eandem. num. 6. in fin. ff. de duob. reis*, arbitratur plures reos credẽdi sive stipulandi accessoriè nõ cadere: & in iis expeditam censent vulgò quæstionẽ. Sed omnem quæstionem esse de duobus reis debẽdi sive promittendi. † Ego verò animadver- 133
to non solum unum fidejussorem posse à duobus reis credendi in solidum accipi, ut & hujus fidejussoriæ cautionis sint duo rei stipulandi, *arg. l. 5. vers. itẽ si reus stipulandi. l. cũ reus 14. l. sicut reus 65. ff. de fide juss.* Verum etiam quod duo plurésve confidejussores ejusdem obligationis possint sibi fidejussorem de eadem obligatione assumere, ut in solidum singulis sit propter hanc obligatus. *leg. 8. §. fin. leg. si plures 27. §. 1. §. seq. §. si fidejussor fuerit. ff. eod.* Itaque magis est ut dicamus etiam accessoriè duos reos stipulandi, ut & credendi, ex constituto vel mandato esse posse. † Neque hoc propterea falsum est, quòd duo 134
confidejussores sibi fidejussorem accipientes censeantur principales fidejussores, *juxta dict. leg. si plures 27. §. fidejussor. ff. de fidejuss.* Nam etsi hi sunt instar principalium reorum credendi, revera tamen eorum obligatio, pro qua hunc accipiunt, est accessoria; & hic quem accipiunt, ipsorum quoq; stipulationi accedit. Ut ita aliquis casus sit ubi etiam accessoriè cadant plures rei stipulandi. † De duobus reis 135
promittendi ita statuunt, nullos esse, nisi principaliter, obligatos: *Bartol. in dict. leg. eandem. num. 6. posi gloß. Donell. dict. cap. 4. numer. 1. & 9. de duob. reis. Duaren. & alii.* Ideoq; Donell. hoc amplius in duobus reis tam promittendi, quàm credendi exigit, ut promittant hãc ipsam eandem rem principaliter, & fiant principales debendi rei. Itaque si duo fidejussores apud eundem principalẽ creditorem pro una eademq; obligatio-

ne fidejubeant in solidum; negant hos duos reos promittendi dici posse; etiamsi hoc maximè, ut Donellus vult, agatur. Rationes, quibus utuntur, hæ sunt: Primò quia & reus principalis & fidejussor, duo sunt, qui eandem obligationem & ejusdem rei, idque in solidum, in se suscipiunt: nec tamen sunt duo rei promittendi: ergo utrumque oportet principaliter obligari. Secundò: quæ nomine differunt, re quoque differunt, *l. si idem 7. C. de jur. codicillo.* Fidejussores autem & duo rei promittendi nomine differunt: re igitur differunt. Tertiò duo fidejussores suscipiunt in commune in solidum. eandem obligationem: At duo rei promittendi non sunt: ergò non satis est suprà enumerata quatuor requisita concurrere, nisi etiam hoc quintum adsit, nempe ut principaliter obligentur. Quartò in promissoribus dicitur is reus, qui principaliter quid promittit, *l. mora 88. ff. de verbor. oblig. l. hi qui 34. l. cum is qui 36. ff. de fidejuss.* Ergo & duo rei intelligi debent illi saltem, qui principaliter simul quid promittunt, non qui accessoriè. Quintò duorum reorum promittendi constitutio est, ut tanquam in principali duorum debitorum obligatione, ita & de eorum obligatione judicetur. *§. pen. Instit. de duob. reis.* Fidejussor autem omnis est accessio principalis obligationis, eāq; sequitur. *§. si fidejussores. Instit. de fidejuss.* ergo fidejussorum duorum obligatio non potest judicari tanquam obligatio duorum reorum promittendi, & per consequens non sunt duo rei promittendi. Sextò semper & ubique duo rei promittendi sive debēdi distinguuntur à fidejussoribus, *ut in l. sed si 24. juncta l. idem. ff. de pact. l. ultim. C. de fidejussor.* Ergo duo rei non sunt. Septimò quia distincti sunt tituli de duo-

bus

bus reis & de fidejussoribus. Octavò inter fidejussores, qui solvendo sunt, etiam veteri jure dividitur obligatio: inter duos reos non dividitur, *l.2.l.3. §. ult. ff. de duob. reis.* Fidejussor compensare potest, quod reo debetur. *l.5. ff. de compensa.* reus promittendi non potest. *l. si duo 10. de duob. reis.* Exceptio pacti, quæ prodest principali, prodest etiam fidejussori: uni autem ex reis alterius exceptio pacti non prodest, nisi socii sint, *l. & heredi. §. ult. l. sed si 24. l. idem. ff. de pact.* Fidejussores igitur non sunt duo rei promittendi. Nonò *in l. reos 21. ff. de duob. reis.* Reos promittendi, inquit Papin. vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Atqui si fidejussores etiam duo rei promittendi essent, non opus esset in genere dicere, *non inutiliter posse accipi vice mutua fidejussores*: cùm id quod natura inest, expressam non desideret conventionē. Item cùm dicitur, *non inutiliter accipi*, eo ipso indicatur duos plurésve ejusdem rei fidejussores planè nō esse reos promittendi. Decimò Bar. ait, idem probari *per d. l. eandem. vers. apud duos pariter. vers. duobus simul* (ut vulgò legunt) *commodavi. ff. de duob. reis.* cùm illa verba illud desiderent, ut principaliter utriq; obligentur, alioquin non pariter, non simul possent videri obligari. Adducit in eandem sententiam *l. 1. C. de duob. reis. juncta l. ut fidejussor. ff. de fidejusso.* Nam *in il. l. 1. (quæ nimirum à Cujac. spuria & in quibusdam exemplaribus tertio loco posita dicitur, observ. 35. lib. 5.) C. de duob. reis*, datur singulis actio in solidum: *in dict. leg.* ut fidejussor, denegatur actio in confidejussorem, rebus ita stantibus. Undecimò duo fidejussores ideo non sunt Bartolo duo rei promittendi: quia etiamsi expressum hoc esset, nihil tamen agerent, cùm ipso jure in solidum teneantur, & illud exprimerent, quod

naturâ suâ ineſt. *leg. non rectè. C. de fidejuſſo.* Poſtremò *in l. ſi duo 93. verſ. item ſi duo. verſ. & quaſi generale. ff. de ſolutio.* hæc inter duos reos promittendi & fidejuſſores differentia ſtatui videtur, ut promittendi rei omnes
136 ſint principales, non fidejuſſores. † Contrà verò notum eſt, conſtitutum eſſe contractum acceſſorium & inſtar ſequelæ, ſive alienum ſive proprium debitum conſtituatur. *l. 1. in prmc. §. eum qui. §. debitum. §. ſeq. l. 3. §. 1. §. ſeq. l. 5. §. ſed ſi quis. §. ſeq. l. hactenus 11. cum ſe-*
137 *quentib. l. quidam 26. l. ſeq. l. ubi 28. ff. de conſtitut. pecun.* † Atqui duo, quaſi duo rei conſtituentes, ſive id pro ſe ſive alio faciant, duo rei debendi cenſentur. *leg. ſi duo 16. eod.* Eſt ergo aliqua etiam duorum reorum de-
138 bendi obligatio acceſſoriè cadens. † Deinde mandatores credendæ pecuniæ acceſſoriè inſtar fidejuſſorum obligari quis negat? *Cujac. in parat. Digeſt. de fidejuſſo. in fin. & Cod. eodem leg. 22. §. ſi curator. leg. ſi hereditatem. leg. ultim. §. ultim. ff. manda. leg. mandati 14. Cod. de fidejuſſo.* Plures autem mandatores ejusdem pecuniæ cenſentur correi debendi. *leg. creditor 60. §. duobus. ff. mandat. leg. amiſſi 52. §. fin. ff. de fidejuſſo. leg. reos. leg. final. Cod. fidejuſſo.* Ergo & fidejuſſores plures pro eadem obligatione accedentes apud unum eundemque creditorem duo rei debendi cenſeri debent. Quod enim juris eſt in mandatoribus, illud & in fidejuſſoribus: & vice verſa. *leg. ſi fidejuſſor 41. §. 1. de fidejuſſo. leg. idemque 10. §. fidejuſſores l. ſi verò 12. §. ſi quis mandaverit. §§. ſequentib. leg. ſi quis 27. §. final. leg. ſequenti.*
139 *l. final. §. ultim. ff. manda. dict. leg. reos. C. de fidejuſſo.* † Tertiò duo rei debendi, ut & credendi propriè appellantur & definiuntur ab unitate & paritate ejusdem obligationis in ſolidum receptæ (ut ex ſupra allegatis *& tot. titul. de duob. reis.* tam in Digeſt. quàm in Cod.

Cod. utroq; loco & ex Cujac. aliisque interpp. constat) ex quatuor illis requisitis: nam illa, non plura inveniuntur disertè expressa. Atqui hæc unitas, hæc paritas, hæc solidi receptio æquè in fidejussores cadit, uti in duos constituentes, mandantes, ementes, principaliter stipulantes: nempe eandem rem duo fidejussores promittunt omnes: promittunt uni eidemque: solidam promittunt: eamque ita solidam, ut una eademque sit obligatio, fidejussoria scilicet. Duo igitur rei sint necesse est. Etenim cui convenit definitio, illi & definitum. † Quartò plures pro eodē fidejussores divisim & in partes ab initio, non minùs quàm plures promissores singulares constitui possunt: qui ideo *singulares fidejussores*, non *confidejussores* appellantur: quia inæqualiter se obligarunt. *l. fidejussor 9. l. si plures 27. l. si à Titio 43. ff. de fidejuss.* Possunt plures etiam pro eodem confidejussores, qui solidum singuli promittunt uni eidemque eandem rem, accipi. *l. si stipulatus 15. §. 1. d. l. si plures. §. si fidejussor. l. ut fidejussor 39. l. inter eos 51. ff. de fidejusso.* Si itaque hæc eadem specialis affectio deprehenditur in duorum pluriumque reorum promissione instar sequelæ intercedentis, quæ in principalium plurium promissione: cur negemus illis eandem formam, idem nomen & eandem rem competere? † Quintò cùm tam unus quàm plures fidejussores fidejussoris & fidejussorum esse possint, *l. 1. l. 4. l. Græcè 8. §. fin. l. fidejussor 16. §. fidejussor. ff. de fidejuss.* quid vetat hunc rei principalis fidejussorem, qui alios sibi accipit, appellari principalem? Imò principalis vocatur *in l. si plures. §. si fidejussor. ff. de fidejusso.* Quid ergo? si plures isti fidejussores unum sibi assumpserint fidejussorem singuli in solidum? eruntne isti o-

140

141

mnes duo rei stipulandi? utiq;. Quid igitur prohibet si unus fidejussor plures assumpsisset, eosdē inter se etiam & relatione mutua appellare duos reos promittendi: quia & cōfidejussores dicuntur? Quod si permittas nunc rectè inter se hos dici correos stipulandi, quia & principales appellentur confidejussores ejusdem obligationis, aliquo casu etiam accessoriè cadere duorum reorum promittendi obliga-
142 tionem permittas, necesse est. † Sic ergo fortasse non ineptè statuo: Duos reos stipulandi & promittendi non minus accessoriè quàm principaliter esse posse, quoties plures uno eodemq; ejusdem obligationis vinculo continentur, non si diverso. Itaq; si pro me Titius & Sejus apud Sempronium fidejubeant, nulla inæqualitate obligationis fidejussoriæ circa rem constituta: hi duo rei promittendi erunt. Et rursum, si pro me apud Gajum & Sempronium Sejus in solidum utriq; fidejubeat: Gajus & Sempronius, etiā
143 quo ad Sejum, duo rei stipulandi erunt. † At ego & Sejus neq; in prima neq; in secunda facti specie poterimus duo rei promittendi videri. Quare verò? Non sanè, quia nunquam accessoriè cadat obligatio duorū reorum: sed quòd non simus eadem obligatione obstricti apud eundē: quia nec eodem obligationis genere tenemur: cùm ego principaliter rē debeam principali obligatione: tu eandem, non eâdem, sed accessoriâ stipulatione: ego ad rem sum obligatus, tu de securitate tantùm: ego *dare facere* promisi: tu *fide tua esse* jussisti. Quoties autem imparitas circa rem est, & propter rem, ut suprà dicebatur, duo rei non existunt. Atqui Sejus & Titius priore casu sunt duo rei promittendi, q a utriusq; obligatio reipsa cadē est apud eundem, securitas scil. & fidei interpo-

terpositio. † Non ergo obstant, quæ tantopere op- 144
pugnare videbantur. Nam ut ad primum argumentum respondeam; etsi quidem prima fronte videtur eadem res esse in principalis & fidejussoris obligatione: revera tamen alia est & specie differens obligatio fidejussoris, cùm non simpliciter eandem rem promittat, sed eam fide sua esse jubeat. Itaq; de fide potiùs & securitate atq; indemnitate tenetur, quàm simpliciter idem dare facere, quod principalis promisit: ut ex definitione fidejussionis, de qua supra, notum fit. Quid igitur mirum est, principalem debitorem, & ejus fidejussorem non censeri correos promittendi, cùm non eandem rem singuli absolutè, sed alio atq; alio modo & diversa præstationis utilitate promiserint? cùm non eâdem, sed diversi generis & impari obligatione sint obligati? † Nam & 145
utilitas præstationis diversa diversos, nõ duos facit reos; veluti si duo diversis locis dare promisissent. *l. 2. l. 3. de eo quod certo loc. Donell. C. de duob. reis. c. 4. nu. 3 in fin.* Atqui quid hoc ad plures confidejussores? De iis dici nõ potest, quòd diversa obligatione diversæ qualitatis rem promiserint: non potest alia & diversæ conditionis res videri in huius quàm illius promissione. Ad secundum respondeo. † Etsi, quæ nomi- 146
ne differunt, re etiam differunt, maximè ut aut species ejusdem generis, aut planè separata: tamen non continuò ex nominum differentia inferre licet, utramq; rem, nomine & re differentem, non etiam sub eodem genere convenire, nec ejusdem generis species esse. Sic cognatio & agnatio nominibus differunt; differunt & re; genere tamen conveniunt. Idem de adoptione & arrogatione plusquã est notissimum: & de cõtractu & pacto idem alibi Donell.

asserit: nec Cujac. nec vulgò id in conventione & contractu accidere negant. Nam conventio & contractus, nomine differunt: differunt & re: sed modò ut genus & species, modò ut ejusdem generis discretæ species opponuntur, *ut ad l. Labeo 19. & passim*
147 *in titul. de verbor. signific. admonebatur.* † Eadem ratione duo rei promittendi sunt, quorum singuli eandem rem eidem stipulanti eodem obligationis genere in solidum ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen & idem omnes debeant, promittunt: sed quorum alii specialius nomen assumant, & quasi in specialiorem formam, à quâ nomen mutuantur, transeunt: alii verò generis sui finibus ac nomine contenti subsistunt: illos igitur specialiùs appellari duos reos fidejussores, sive confidejussores: hos tantũ duos Reos promittendi; Hos suo nomine principaliter promittere: illos suo quidem nomine, sed pro alterius obligatione & ita accessoriè. Sicut enim hoc amplius fidejussores assumunt præter generis sui formã, nempe ut sequelæ loco alterius obligatione accedant, & non simpliciter promittant *dare facere* suo nomine sed pro debitore fidem suam adstringant: ita etiam propter hoc amplius specialius confidejussorum nomen assumunt, nec tamen è genere duorũ reorum promittentiũ eximuntur inter sese considerati. Tertii argumenti minor continet repetitionem principii: pro concesso enim assumit, quod est in quæstione. Quod genus argũmenti quàm sit nullius efficaciæ plus quàm notissimũ ar-
148 bitror. † Ad quartum: imò non soli principales promissores *rei* dicuntur; sed & fidejussores: cùm & ratio, de qua Marcellus *in l. si Stichum 38. ad fin. ff. de fidejusso.* & vox ipsa *l. 1. ff. de duob. reis* non minus his conveniat, quàm illis, *leg. si plures 27. §. si fidejussor. versic.*

ille enim. *leg. Granius 71. ff. de fidejusso.* & ad differentiam fidejussoris is, pro quo fidejussit, appelletur Reus principalis, item debitor principalis; quippe quòd fidejussor ejus censeatur *Reus accessorius* & instar sequelæ debitor. *leg. si à colono 58. §. 1. leg. sicut reus 65. dict. leg. Granius 71. ff. de fidejusso.* Quod autem *leg. item si 14. §. Labeo. ff. quod metus caus. in leg. 3. ff. de duob. reis dict. leg. mora 88. hoc titul. leg. hi qui 34. leg. cum is qui 36. ff. de fidejusso. leg. 1. §. exceptionem. ff. quar. rer. actio non dat. reus* absolutè dicitur is, qui principaliter obligatus est, respectu fidejussoris fit κατ' ἐξοχήν, usitatissimâ illâ Synecdoche generis pro specie: non autem, quòd soli principales debitores, non etiam fidejussores ex Reorum numero sint. Imò *in leg. si quis stipulatus 112. §. 1. versic. & reum dederit in istam summam*: hoc tit. disertè *Reus* pro *fidejussore* ponitur: *ut & in leg. final. in fin. ff. de rebus cred. si cert. petat. leg. Julianus 13. §. praterea. versic. ut locuples ab emptore reus detur, ff. de action. empt.* † Quinti argumenti major obscura est: si autem *ex dict. §. penultim. Institut. de duobus reis*, quem pro confirmatione adducit Donellus *dict. capit. 4. in fin. de duobus reis*, declarari debet: hoc saltem intellexisse videtur: *Uterque reus promittendi de eadem re ita in solidum obligatus est, ac si solus promisisset: ideoque unius solutio alterum liberat: atque ita neuter vice accessionis & sequela est.* Illud enim verba *dict. §. ex hujusmodi. Institut. de duob. reis*, velle videntur, non aliud. Quod si hæc Donelli mens est, facilè largimur majorem: minorem quoque hac declaratione veram fatemur, quòd quælibet obligatio fidejussoria, sive sit unius fidejussoris, sive plurium confidejussorum, sit accessoria & sequela ejus obligationis, cujus nomine intercessit; *per d. l. 5. §. pen. ff. de insti. act. d. l. si duo* 149

93. circa fin. ff. de solution. At consequentiam negabi-
150 mus. † Quid an illud licet? Non liceret, nisi in forma argumentum peccaret & πολυζητήσεως vitio cōcluſio laboraret. Plus enim continet, quàm eſt in præmiſſis: imò aliud etiam, & ita fit μετάβασις εἰς ἄλλο γένος. Nam non aliud poterit ex antecedentibus elici, quàm hoc ipſum: *Ergo obligatio rei principalis & fidejuſſoris inter ſeſe conſideratæ nō ſunt duorum reorum promittentium.* At verò alia quæſtio eſt, an principalis ejuſq; fidejuſſor, ſint duo rei promittendi? alia quæſtio; an duo confidejuſſores jure poſſint inter ſeſe & reſpectu ejus, cui promiſerunt, duo rei cenſeri? De illa priore nobis nulla controverſia: de hac po-
151 ſteriore lis eſt. † Qua poſita quæſtione ſic aptè invertitur argumentum: duorum reorum promittendi obligatio ita una eademq; ſive ejusdem rei erit, ut utriusq; inter ſe tanquam principalis duorum debitorum obligatio judicetur, nō ut una ſe inſtar principalis, altera acceſſoriè ad illam habeat. Atqui duorū confidejuſſorum obligatio ita una eademq;, ſive ejusdem rei revera eſt, ut utriusq; inter ſe tanquam principalis duorum debitorum obligatio judicetur, *per d. l. ſi plures 27. §. ſi fidejuſſor. de fidejuſſor.* nec ſe invicem ita habent, ut unius obligatio ſit principalis, alterius confidejuſſoris acceſſoria: Etenim ſi ita ſe haberent, confidejuſſores non forent. Ergo confidejuſſorum quoq; obligatio duorum eſt reorū promittendi. Ad ſextum ideo reſpondeo, quod de ſecundo & quarto argumento diſſerui. Synecdoche illa genus potius ineſſe alteri illi ſpeciei teſtatur, quá
152 ut è genere ſuo expellat & ejiciat. † Sed nec titulorū diſtinctio quicquam facit: imò ex ordine titulorum ſic argumentari licet, duo rei *ſtipulandi* ac *promittendi*

nec

nec non *confidejussores*, & *duo rei accipiendi* se habent tanquam genus & species. Nam *duo rei stipulandi* & *promittendi* tam illi dicuntur, qui principaliter tales existunt, quàm qui tales alienæ obligationi accedũt vel *adpromissores* accipiunt. † Sunt enim *duo rei adpro-* 153
mittendi, quibus fidejussor, sive adpromissor datur; ut vel ex Cujac. *de duobus reis* notum fit: qui & *adstipulandi rei* vocantur. Si verò plures adpromissores in solidum uni eidemque stipulanti promiserint; hi specialiùs *confidejussores* & *fidejussores* appellantur. Expositio igitur genere *in tit. de duob. reis*, rectè transitus fit ad hanc alteram speciem, quæ est *adstipulandorum*, h. e. fidejussores accipientium, & *adpromissorum*, h. e. fidejussorum. † Ad octavum responsio facilis est: i- 154
mò ne quidem vetere jure obligatio inter fidejussores dividebatur: sed hoc primum beneficii loco à Divo Hadriano concessum fuit, ex cujus epistola fit divisio, non ipso jure, sed exceptionis ope. *l. inter 26. de fidejusso. §. si plures. Instit. eod.* Hoc autem beneficium cùm specialiter esset uni *duorum reorum* speciei nempe *confidejussoribus* datum, mirum non erat, cur idem ad cæteros etiam correos non pertinuerit, nec veteres JCti & Impp. eò porrexerint: cùm jus singulare non debeat in exemplum trahi, vel ampliari. *l. jus singulare. de legib.* nec unius speciei proprium oporteat esse etiam proprium speciei oppositæ, neq; novum fit plus speciem continere, quàm genus. Idem de cæteris judicium esto: & præsertim, quòd hic argumẽta assumuntur à reo principali & fidejussore ad duos reos, qui non diversi generis, sed unius ejusdemque sunt rei: ut ex supradictis liquet. Non ergo sequitur: Fidejussor compensat id, quod reus principalis debet: pactum rei principalis prodest fidejussori,

Ergo duo confidejussores ejusdem obligationis apud eundem adstipulatorem obligati non sunt duo
155 rei. † Aliter enim se habet obligatio fidejussoris ad obligationem rei principalis: aliter unius confidejussoris ad alterius sui confidejussoris: *ut supr. dictum est.* Imò verò confidejussor non compensat, quod alter compensare potest: non excipit, quod alter ex sua persona potest: ut hîc planè idem sit, quod in cæteris correis debendi. Nonũ æquivocatione & mul-
156 tis aliis laborat. † Sanè aliud est, quærere, an duo rei inter se censeantur fidejubere, atque ita mutua vice fidejussores fieri? aliud, an duo confidejussores apud eundem in solidum intercedentes, rectè appellentur duo rei debendi. Nihil enim hæ duæ quæstiones commune habent. Atqui JCto *in dict. leg. reos 2.* propositum erat docere, plures correos sive debẽdi sive promittẽdi, inter se vice mutua fidejussores non censeri, nisi hoc disertè actum sit. Idem sanè de duobus confidejussoribus statuendum est: non enim alter pro altero, sed principaliter in solidũ singuli pro reo tantùm fidejussisse censentur, nisi hoc etiam actum sit. Unde est ut mandati, vel negotiorum gestorum actio fidejussori non detur solventi adversus confidejussorem citra cessionem, *l. ut fidejussor 39. l. cùm is qui 36. de fidejuss.* Decimo loco Bartoli argumentum ex supra dictis infirmatur. Imparitatem nullam agnoscimus in duorum confidejussorum obligatione, ut nec in duorum mãdatorum.
157 † Deinde facilè concedimus ex verb. *pariter*, elici, nõ esse duos reos debendi, quorum alterius obligatio se ad alteram habeat, ut accessoria: at idem extẽdere etiam ad duorum obligationem, qui utrique simul & semel sunt accessoriè obligati, ut accidit in plu-

ribus

ribus ejusdem pecuniæ mandatoribus, & constitutoribus, & confidejussoribus, neque æquum est, neque separatorum ratio patitur. Et de argumento *ex d.l. ut fidejussor*, modò responsum est. † Imò nec uni 158
correo promittendi actio datur, si solidum [illegible]vit, quàm si aut vice mutua fidejussores extiterint, aut socii ejusdem negotii fuerint, vel inter eos convenerit: aut actiones sint cessæ. *leg.1.leg.2.ubi Bartol.Bald. post gloss. & alii.C.de duobus reis:* ut ita nihil possit diversum videri in confidejussoribus & cæteris correis. † Denique *in leg.si duo 93.vers.item si duo. & seq.ff.de solu-* 159
tionibus. hæc tractatur quæstio; an si correus promittendi alterum correum heredem scripserit, confundatur obligatio? & non confundi respondetur, sed alteram alteri adjici: ut & *in leg. si reus 13.ff. de duobus reis. & leg.5.ff.de fidejuss.* docetur. Si verò reus scribat fidejussorem sibi heredem aut vice versa, confundi obligationem, deciditur, quia hæc fidejussoria se ad principalem habet tanquam sequela: cui similiter JCtus *in dict. l. 5.ff. de fidejusso.* subscribit. Ex quo liquet conferri duorum reorum obligationem cum obligatione rei principalis & adpromissoris, hoc est, fidejussoris; de cujus obligatione jam dudum affirmavimus eam esse diversam à principali. Quid verò si confidejussor suum confidejussorem scribat heredem, an hic confusioni locus erit? Minimè: sed idem obtinebit, quòd in duorum reorum principalium obligatione affirmavimus; alteram alteri accedere & adjici potius ad actionem, quàm confusionem parere, cùm par sit utriusque obligationis potestas; par & indifferens ratio. Ut autem confusione una alteram tollat, nec una alteri adjiciatur, oportet differentiam esse obligationum. *dict. leg. 5.ff.*

de fidejusso. dict. leg. si duo 95. in fin. dict. leg. si reus 13. & unam altera esse minorem. leg. debitori 50. in fin. ff. de fidejusso. Non ergo *dict. lex, si duo 95.* tam obstat, quàm probat id, quod volumus: nempe *confidejussores quoque rectè censeri correos sive plures reos debendi;* sed qui cæteris specialius nomen à specialiore fine assumpserint.

160 I. DECLARATIO. † *Cæterùm hodie principales rei promittendi non aliter fiunt, quàm si hoc nominatim actum fuerit: alioquin intelliguntur pro virili tantùm singuli & promisisse & fidejussisse. Novell. 99. de reis promittend. cap. 1. ibid. Jacobus Cujac. vers. Notandum ex hac Novella, duos. Petrus Gregor. in Syntagm. juris lib. 24. cap. 8. nu. 4. vers. hodie quadam. Bartol. ad auth. hoc ita. num. 2. & 9. C. de duob. reis.* Ait Justinianus: εἰ δέ τις ἀλληλεγγύως τοὺς δύο λάβοι πρὸς, εἰ μὲν μὴ &c. Si quis reos promittendi, sive (ut vetus interpres vertit) *alterna* (h. e. mutua) fidejussione obligatos sumat aliquos: siquidem non adjecerit (h. e. pacto, vel ipsa stipulatione statim non expresserit) oportere singulos horum (hæc enim vis est istorum verborum (καὶ ἕνα τόπον τοὺς ἀλλήλων ἐπέχειν.)) in solidum teneri: omnes ex æquo conventionem sustinere. Si verò aliquid etiam inde adjiciatur, servatur quidem pactum conventum &c. Nec dicas hoc aut ad solos spectare confidejussores, aut ad solos correos, vel saltem ad correos vice mutua inter sese fidejubentes. Etenim par ratio in his omnibus, par vocis generalitas; tametsi sint, qui contendunt vocem ἀλληλεγγύως, non significare correos, seu duos reos promittendi, sive debendi; neque etiam confidejussores, sed reos promittendi mutua fidejussione invicem pro se intercedentes: Budæus in Commen. Ideoque etiam antiquum interpretem *in d. Novell. 99. cap. 1.* illa verba ἀλληλεγγύως τοὺς δύο, alter-

alterna fidejussione obligatos, vertere: & Haloandrum hoc attendentem titulum constitutionis: περὶ ἀλληλεγγυῶν: interpretatum esse, de duobus pluribúsve reis, qui vice mutua inter se fidejussores accepti sunt: cùm, si ad verbum exprimas, περὶ ἀλληλεγγυῶν, valeat, quasi dicas, de mutuis fidejussoribus. Sed post veteres Duarenus interpretatur simpliciter, de duobus reis promittendi, *in titu. Dig. de duob. reis. c. 2. in fine*: Imò Cujac. *in d. Novell. 99.* locuples testis est, cùm duorum reorũ obligatio effectu non differat à confidejussorum obligatione, & videantur quasi inter se fidejubere: quia solidum à singulis exigi potest, adeò ut si mulier & Titius duo rei accepti essent, mulier intercessisse dicatur. *l. vir uxori 17. §. fin. ff. ad SC. Vellejan.* hanc ob causam à Græcis appellatos esse ἀλληλεγγύους, quicunque vice mutua tenerentur, sive confidejussores essent, sive duo rei promittendi. Probat hanc vocis significationem id, quod apud Harmenopulum. *tit. 6. lib. 3.* ubi de mulierum intercessione disserit, *§. 11.* legitur: καὶ ἀλληλεγγύους δανιζομένη μετά τινος γυνὴ, βοηθεῖται. Quæ verba etsi alii aliter interpretantur, ac si loquatur de muliere mutuum cum alio accipiente, sed in partem fidejubente: si tamen *cum l. vir uxori 17. §. fin. de SCto Vellejan.* conjungantur, facilè apparet, non sic, sed de muliere cum viro aliquo se ejusdem pecuniæ creditæ reum debendi faciente, accipienda esse: siquidem ex isto loco hanc sententiam Harmenopulus transtulit: & id docere voluit: mulierem intercedentem non solùm intelligi si fidejubeat, sed si ream quoque se debendi cum alio principaliter constituat: quia solidũ ab ipsa exigere licet: Itaque si in solidum conveniatur, utetur pro portione dimidia SCti exceptione;

cùm eatenus alienam sustineat, non propriam obligationẽ: Més ergo est Harmenopuli: Mulier creditæ pecuniæ correa debendi cum aliquo facta, juvatur. Accedit Basilii Porphyrogenitę constitutio περὶ ἀλληλεγγύων τῶν ὁμοπλῶν, quæ jubet, ut ditiores pro iis, qui bonis essent lapsi, tributum inferrent, quia essent ἀλληλέγγυοι, hoc est, correi: indeque illam tributorum illationem, ἀλληλέγγυον appellassет: quam postea abrogavit constitutio Romani Argyri, autore Cedrino. Proinde de duobus correis debendi generaliter agere hãc Novellam, ex eo patet, quòd his ἀλληλεγγύοις tribuit beneficium divisionis, qui nominatim singulos se in solidum obligatos dixerunt: quod jam antè D. Hadriani epistolã indistinctè, omnibus mandatoribus & fidejussoribus. Justiniani verò constitutione, solis correis debendi, qui pecunias pro aliis simul constituissent, non etiam ceteris, *l. fin. C. de constit. pecun.* concessum erat. Quod ergo circa reos debendi uno casu *in d.l. fin. C. de const. pecun.* incepit, hîc *in Novell. 99.* Justinianus absolvit: nec restringere oportet ad correos, qui vice mutua fidejussissent: quia hi jam olim hoc habuerunt beneficium, etiam antequam Justinianus in rerum natura esset, ex ipsa D. Hadriani epistola.

Atq; hæc hactenus de fine principali & principe.

XI. CONCLUSIO.

161 *EST† deinde hujus finis alius subordinatus sive secundarius, ut & cæteris omnibus contractibus hæc sit firmior, & ut confirmet non solùm cæteras conventiones & obligationes tam principaliter quàm accessoriè omnes, sed etiam judicia judiciorumq; jura.*

Per

Per *l.5.l.in conventionalibus utroq; loco. Dd.omnes & Donell.ad Rubr. h.t. tit. Institut.de divis. stipula.l.ex placito.ubi Cyn. Bald. & alii.C.de rer.permuta. Jas.num.3. Donell.num. 15.ad Rubr.h.tit. Johan.Suhard.ad Cod.in Rubr.h.t.Alexand. ad l.1.h.t.Nicola.Mozz. de contract. de stipulat.cap.quare sit inventa stipulat.cap.quid opere.& cujus natu. sit stipulat.appos.Paul.lib.5.senten.tit.7.leg.omnes. §.in hac autem inclyta. authen.generaliter.Cod.de episcop.& cleric. l.eum pro quo.ff. de in jus vocand.titul. Dig.de prator. stipulat.Dn. Vultejus in Method. jur. Rom. lib.1. cap. 39.* & certè non principem, sed secundarium hunc esse finem ex principe illo promanantem ipsa natura dictitat;& docet Jul.Paulus *d.lib.5.sent. tit.7.* cùm dicat obligationum cæterarum firmādarum gratia stipulationes esse inductas. Igitur necesse erat in ipsam stipulationem ponere hanc principem causam finalem, ob quam talis esse possit, & per quam confirmaret cæteras obligationes. Quinetiam quòd eo fine & introducta sit, & quotidie fiat, ut non solùm vi propria consistat, verumetiam alias obligationes confirmet partim *ex prolegom. & cap. 1.item cap. 2. & 3.* notum est, partim *in dict. leg.5.* Pompon.expressit, dum testatur, *conventionales stipulationes tot esse, quot sunt penè rerum contrahēdarum forma.* Illud etiam aut principaliter aut incidenter & accessoriè fieri hactenus in hoc capite fuit disputatum. Illud est, quod Dn. Vultejus in Method. sua docet *dict. cap. 39. stipulationem omni conventionis generi, tam pacto, quàm contractui accedere posse, ut stipulationis appellatione significentur omnes obligationis contrahendæ modi, quibus adhiberi solet stipulatio.* Esse etiam hujus finem, ut cæteris contractibus sit firmior, uno ore libenter omnes fatentur: Nam ut testis est Nicola.Mozz. *d.cap.quare inventa sit stipulat.num.2.* omni-

um voto firmiorem esse contractum, qui sit in cor-
162 pore juris. † Nec est ut juramentum *ex l. si quis major. C. de transaction.* & jure Canonico objicias: & quòd jusjurandum habeat vim rei judicatæ & transactionis. *leg. 1. leg. 2. ff. de jurejurand.* Etenim juramentum ut & transactio & res judicata non est contractus, sed assertio tantùm religiosa ejus, quod pacto, vel alia conventione promittitur vel dicitur aut fit; unico tantùm casu excepto, quando scilicet libertus patrono jurat *operas, dona, munera*, ut *in prolegom. & c. 1.* supr. diximus. Deinde religionem quidem majorem injicit, & conscientiam vehementiùs mordet, at non obligat majore vi, quàm contractus principalis, cui accedit. Ideoque jure Civili contractum per se nullum & prohibitum non corroborat. *l. non dubium. C. de legib.* licet illud jure Canon. quandam immutationem admiserit: quod quàm rectè, nunc non disputo. Satis est monuisse, nec jure Canon. jusjurandum esse contractum vel conventionem, sed con-
163 tractus & conventionis asseverationem (ut loquuntur) & confirmationem religiosam. † Porrò quòd stipulationes etiam contrahuntur judiciorum constituendorum cõfirmandorumq; causa, plus quàm manifestum est *ex dict. leg. 5. hoc titul. leg. 1. & tot. tit. ff. de prator. stipul. tit. Dig. in jus voca. ait. eant. leg. 2. leg. 3. leg. 4. & tot. tit. ff. qui satisda. cog. titu. ff. si ex noxal. caus. agat. tit. ff. si quis caution. judic. sist. leg. eum pro quo. ff. de in jus vocand. leg. omnes 32. §. in hac autem inclyta. auth. generaliter. C. de Episc. & cleric. tit. Institut. de divis. stipulat. & multis aliis locis:* cur cautio exigitur *judicio sisti* ab eo, qui in jus vocatur? cur *judicatum solvi* & *rem ratam haberi* à procuratore? Ut judicia aut constituantur, aut constituta, sint rata ac firma, non elusoria. Cur de dolo cogitur cave-

re re-

re reus dum in judicio convenitur? cur de persequēdo plerisqūe casibus? cur de restituendo? *ut in titul. Institut. de divis. stipula. & leg. 5. hoc tit. traditur*: ut sententia judicis non sit sine effectu. Ideo igitur non solùm conventione absoluta & commercii causa fiunt stipulationes: sed & judiciorum gratia. Et illud est quod *in leg. 5. hoc titul. leg. 1. leg. 2. & tot. tit. de prætor. stipulat. tit. de ædilic. edict. tit. Institut. de divis. stipulat.* & passim tractatur.

XII. CONCLUSIO.

A *B† hoc ergo fine secundario omnis stipulatio est conventionalis aut honoraria.* 164

d. l. 5. h. t. cum ibi à glos. Alexand. Bald. Jas. Donello. Cujac. Coras. Duaren. &c. & in tit. Institit. de divis. stipulat. ab Angel. Mynsing. Schneidew. Hottom. Barone &c. annotatis. leg. eum pro quo. ff. de in jus voc. tot. tit. ff. qui satisdar. cog. tot. tit. ff. de prætor. stipulat. cum tis seqq. leg. 1. leg. 2. leg. 3. leg. si dictum. ff. de evictio. leg. 1. leg. cùm sex. ff. de ædilic. edict. §. prætorum. Institut. de jur. natural. tit. Institut. de divis. stipulat. † At dixeris, hæc divisio non à fine est, sed à causa efficiente: cùm omnem stipulationem efficiat reorum conventio, aut jus dicentis, sive magistratus officiū, jussus, imperium & autoritas, *per leg. 1. ff. de prætor. stipulat. dict. leg. 5.* Et sanè ita Wesenbec. *in paratit.* & Interpp. propè omnibus *ad dict. leg. 5. hoc tit. & Institu. de divis. stipulatio.* visum est. Mihi verò post Donellum, quem hac in parte libenter *ad dict. leg. 5. hoc titul.* sequor, secus videtur: non quòd magistratus autoritas & conventio reorum nihil efficiant, nec causarum efficientium considerationem hîc patiātur: sed quòd efficientis intentio ac finis potius has stipulationis species formis distinxerit: Igitur à fine esse dico, 165

tametsi nomina earum ab efficiente cùm principali tum adjuvante facta videantur. Etenim conventionalis simpliciter est ex conventione utriusque partis contrahentis, negotii & commercii alicujus causa. Honoraria, etsi etiam negotii causa est, non tamen simpliciter, cùm eo amplius jurisdictionem
166 honorariam sustineat, qua injungitur. † Ex quo etiam illius objectionis refutatio relucet; si quis dixerit, omnem stipulationem, etiam honorariam, esse conventionem: ergo quod utrique generi commune est, non posse uni saltem tribui: etsi quidem omnes stipulationes conventione consistunt: quippe quòd contractus sint: illud tamen amplius in honorariis est, quàm cæteris stipulationibus, quòd non propter solam conventionem & solum commercium illud sunt, quod sunt, sed etiam propter honorariam id est magistratus autoritatem.
167 † Rursum objecerit aliquis, non rectè dividi in conventionales & honorarias: rectiùs Pomponium constituere quatuor genera: *judiciales, prætorias, communes, conventionales*: & stultè me agere, qui sine exemplo, sine autoritate publica, & sine lege ausim dichotomiam hanc proponere, & quidem ita ut vocabulo altero utar hac in re non usitato: vocabulo scilic. *Honorariæ*: imò rectiùs dividi, si quis dichotomiam retinendam putet, in *conventionales* & *judiciales*. Et sanè sic dichotomiam hanc constituit Dn. Vultejus *dict. cap. 39.* nec obscurè Donell. *ad dict. leg. 5. de verbor. obligat.* ut *judiciales* appellentur, non à judicio, sed à judice, hoc est, à magistratu, cujus autoritate interponuntur. Sed nihil interest: res eodem redit: nam qui magistratus est, is & honorarius dicitur, unde honorarium jus, & honorariæ actiones, *§. prætorium.*

rorum. Inst. de jur. natu. gent. l. in honorariis. l. actionis. ff. de action. & oblig. & diserte *in l. obligamur 52. vers. jure honorario. de actio. & oblig.* per hæc verba; *Obligari nos vel sponte, vel necessitate,* declaratur utrumque illud, vel ex lege, vel ex jure honorario. *Jure honorario,* inquit Modesti. *obligamur ex his, quæ edicto perpetuo vel à magistratu fieri præcipiuntur, vel fieri prohibentur.* Has autem stipulationes vel alteri contrahentium saltem injungi edicto, vel à magistratu, tum apparebit, cùm singulas species enucleaverimus. Neque igitur sine exemplo ita distribuo, neque inconvenienter honorarias appello: imò æquiùs meliùs fuerat appellare honorarias, quàm judiciales; ne geminas in docendo postea tenebras & æquivocationes infundam. † Nam *ut infr.* 168
videbimus, prætoriæ *in d. l. 5. h. tit.* judicialibus oppositæ subdividuntur *ex leg. 1. ff. de prætor. stipulation.* in judiciales, cautionales & communes. Unde eveniret, ut idem vocabulum in hac divisione & subdivisione tripliciter acciperetur: primò in genere, ut & judiciales & prætorias & communes sub se cõprehenderet: deinde in specie, sic ut prætoriis opponeretur: tertiò in specie specialissima, qua species esset prætoriarum stipulationum. Hanc igitur ambiguitatem ut evitarem, operæpretium fuit, alia hoc loco voce magistratum designãte uti. † Deinde etsi Pom- 169
pon. *in d. l. 5.* quatuor enumerat species, nihil tamen prohibet eas ad dichotomiam revocare, cùm illud & possit & debeat fieri: Potest, quia hoc commune habẽt tres species ibi enumeratæ, ut sint honorariæ, ut sint à magistratu potissimùm juris judiciorumque causa comparatæ: una saltem in generis affectione simplici subsistit: Debet, quia lex methodi suadet, ut plura communem materiæ affectionem

habentia, tanquam ſpecies communi quaſi generis nomine concludantur. Nihil igitur fit ſine lege, nihil ſine autoritate, nihil ſine ipſa re, nihil indecenter. Quia verò omnes ſtipulationes, quæ non ſunt honorariæ, utiq; ſunt conventionales: Eſt enim honorariarum certus numerus.

Itaque primùm agam de honorariis: ſic per ſe liquere poterit, quæ ſint conventionales.

XIII. CONCLUSIO.

170 *Honorariæ † ſtipulationes ſunt, quæ honoriâ, hoc eſt, magiſtratuum & jus dicentium autoritate formam ſuam acceperunt & exiguntur.*

dict. l. 5. l. in conventionalibus. hoc titul. Arbitrio enim prætorum aliorumque curialium magiſtratuum & præcipiuntur, & exiguntur, ut ritè rectèq; ſua forma intercedant. *d. l. 5. h. tit. d. l. in conventionalibus. cum ibi notat. hoc tit. leg. 1. l. 2. tot. tit. ff. de prætor. ſtipulation. l. 1. §. jubet. de collation. bonor. leg. eum pro quo. de in jus vocand. titul. in jus vocat. ut eant. leg. de die. & tot. tit. ff. qui ſatisdar. cogun. leg. 1. l. 2. tot. tit. de ædilic. edict. l. ſi priusquam. ff. de damno in-*
171 *fecto. Inſtitut. de diviſ. ſtipulation.* † Quod cùm hi magiſtratus, & judices magiſtratuum vice judicantes faciant, pro jure ac poteſtate ſui officii vel magiſtratus. *leg. 4. ff. de jurisdict. omni. judic. titu. Inſtitut. de diviſ. ſtipulatio. leg. 4. ff. de re judicat. l. 1. l. 2. tot. tit. ff. qui ſatisdar. cogun. l. 1. §. jubet. ff. de collation. bonor.* de qua re *in l. liberationis. de verbor. ſignif.* non immeritò dicitur, has ſtipulationes ex neceſſitate jurisdictionis proficiſci. *dict. l. 5. hoc titu. d. l. 1. ff. de prætor. ſtipulation. d. tit. Inſtitut. de diviſion. ſtipulation. l. ſi dictum 56. leg. cùm ſex. ff. de ædilic. edict*

† Niſi

† Nisi enim sponte adversarius nobis remittat, *l. paciſci 31. cum ibi notat. ff. de pact.* ejusmodi honorariam cautionem nolentes volentes variis juris remediis, partim prætoriis, partim judicialibus, hoc est, partim imperio, partim dicendo jus cogimur in suâ formâ specificâ subire. *leg. 1. l. cùm ſex. ff. de ædilic. edict. dict. leg. ſi dictum. d. l. in conventionalibus 52. hoc titu. leg. 1. leg. 2. l. 3. l. 5. l. 7. & ſeqq. ff. de prætor. ſtipulation. d. l. 5. hoc titul. tit. ff. in jus vocat. ut eant. dict. leg. 1. §. jubet. ff. de collation. bonor. leg. 4. §. 1. leg. ſi finita. §. ex hoc. ff. de damno infecto. leg. is cui: ut in poſſeſſ. legat. cauſ. l. unic. ff. ſi quis jus dicen. non obtemper, leg. 1. leg. 2. tot. titul. ff. qui ſatisdare conguntur.* 172

† Neque repugnat, oportere omnem contractum, omnemque ſtipulationem esse liberam: cùm consensu consistent. *l. 1. §. final. ff. de pactis.* Consensui autem & liberæ voluntati contrariam esse coactionem & parendi necessitatem. *leg. ſi mulier. ff. quod metus cauſa. leg. ejus. l. ſeq. ff. de regulis juris.* Etenim hæc coactio & necessitas utrinque non est: neque in ipsa interrogatione & responsione adhibetur; sed solummodò impellens causa est, qua cogitur hanc voluntatem suscipere, qui alioquin non promisisset. Neque verò coacta voluntas cessat esse voluntas: cùm deliberatè agat: quod præsertim verissimum est, si vis in ipso negotio non intercedat, sed noluntatem alicujus inordinatam (ut hoc casu) cogit ad voluntatem rationabilem: *per ea quæ latè Decius, Hippolyt. de Collib. Faber, Franciſcus Duacenus, Francus & alii in dict. leg. ejus. & leg. ſeq. ff. de regul. jur. annotant.* Et illud est, quod de his honorariis stipulationibus Dn. Vultejus *cap. 39. mihi fol. 186. verſ. judiciales.* scripsit: *Quæ & ipſæ*, inquit, *conventionem in ſe habent, perinde ut illæ* (conventionales scilicet) *ſed illarum* (conventionalium intellige) 173

initium omne est voluntarium, & ab ipsis contrahentibus, ut ita dicam, causatum: harum (honorariarum videlicet) *initium involuntarium etiam esse potest; saltem ex parte al-*
174 *terutra, & à jussu magistratus originem habens.* † At dixeris; etsi hæc ita esse largiar, non tamen sufficiens videtur hæc definitio generalis; cùm solis prætoriis stipulationibus convenire videatur, non etiam judicialibus & communibus, quæ *in d. l. 5. h. tit.* prætoriis opponuntur. Nam judex datus non est magistratus, non est honorarius; sed qui mandatam sive datam habet jurisdictionem tantùm cognoscendi sive judicandi de illa, vel omni causa. *leg. fin. de offic. ejus cui mandat. est jurisdict. l. 2. l. 5. l. 6. l. solet 16. l. seq. ff. de jurisdict. omn. jud. l. cùm prætor 12. ff. de judic.* imò eum, qui judicare jubet, magistratum esse oportet: at non contrà. *l. eum qui 13. ff. eodem.* Sanè ita est: sed munere nihilominus publico judex datus fungitur. *l. quippe. ff. de judic. l. ult. §. judicandi. ff. de mune. & hono.* & vice ac loco mandantis ac dantis judicat, non propria sed datâ jurisdictione. *d. l. ult. d. l. 2. d. l. 5. d. l. 6. d. l. solet 16. cum seq. l. 1. l. 2. l. si judex 32. l. judex 46. l. judicium 58. l. pen. & ult.*
175 *ff. de judic.* † Igitur, si officium & munus ejus intuearis, nihilominus honoratorum appellatione continetur, non quidē per se, sed relatione ejus, à quo judex datus est. Nisi enim datus de hac causa cognoscēda esset, ipse magistratus ita & judicasset, & cavere judicando arbitratus fuisset. *l. 9. l. si prætor 75. l. pen. ff. de*
176 *judic.* † Unde est, ut judicis nomen non solùm datis judicibus, sed & magistratibus in jure nostro tribuatur, qui jurisdictioni præsunt, h. e. proprio suo jure honorario jus dicunt, & judicant, *ut in l. 1. l. 2. ff. de jud. l. si cùm dotem. §. nec non illud. ff. solut. matrimo. l. in comites. ff. ad L. Juliam repetund. l. 3. C. ex quibus caus. infam. irrog. l. in*

mul-

multis. Cod. de appellat. tot. tit. Dig. & Cod. de reb. auto. judic. possid. l. à judice 5. C. de judic. ubi Dd.

XIIII. CONCLUSIO.

H*Honorariæ † igitur stipulationes dividūtur in tres species, judiciales, prætorias & cōmunes.* 177

l. 5. & ibi Interpp. omnes h. t. titul. Inst. de divis. stipulat. ubi iidem Interpp. Totidem enim proprias in honorariis stipulationibus qualitates sive speciales affectiones, non solùm ratione efficientium, sed modorū, quibus ad finem suum perducuntur, deprehenduntur: ut ex singularum specierum declaratione per se relucere poterit. † Aut enim judicando, aut imperādo 178 hæ stipulationes injunguntur, aut ꝓmiscuè & quasi cōmunicatione quadam. Judicare, & imperare, modi, inquam, sunt, quibus hæ stipulationes exiguntur, *d. l. 5. d. tit. Instit. de divis. stipulat. l. 4. ff. de jurisdict. omn. jud. l. 1. §. jubet. ff. de collat. bon. l. 4. §. duas. ff. de dam. insect. l. ea quæ. ff. ad municipal. l. servo legato 69. in fin. ff. de legat. 1. leg. 5. §. fin. leg. 7. §. si quis. §. seq. ff. ad exhibend.* cùm ex necessitate jurisdictionis proficiscantur, *ut supr. dictum est.* † Qui modi, aut simplices sunt, aut permixti: 179 Simplices, si aut judicando tantùm, aut imperando solummodò injunguntur: Permixti, si modò judicando, modò imperando. Judicare autem & imperare, ad officium honorariæ autoritatis spectat. *l. 1. l. 3. de jurisd. omn. jud. l. 1. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. l. 4. l. 5. de offic. ejus cui mand.* Ab hoc igitur officio magistratus gemino, ejusque fine hæc promanat stipulationum origo & divisio. † Ut igitur has stipulationum spe- 180 cies rectè percipiamus, priùs admonendi sumus, officium magistratus potissimùm in jure dicendo, h. e. judicando consistere & versari. Quid enim aliud

est jus dicere, quàm judicare? ut Varro testis est. Unde non planè ineptè Francisc. de Claper. *de jurisdict. conclus. 1. num. 2.* jurisdictionem definit juris dicendi potestatem jure publico constitutam, ut unicuique quod suum est, officio judicis tribuatur. Judicem intelligit tam magistratum, quàm datum. Quanquam simpliciùs & meliùs in genere jurisdictionem definire liceat potestatem cognoscendi statuendiq; de quaque re notionem requirente, vel, esse notionem, h. e. cognoscendi statuendique potestatem de quacunq; re, *per l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. solet. ff. de jurisdict. om. jud. l. de qua re. ff. de jud. l. 5. ff. de re jud. l. notionem. ff. de verb. sig. l. 7. ff. de offi. proconsl. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. congruit. ff. de offic. præsid.*
181 *l. 1. l. 4. l. ult. ff. de offic. ejus qui mand.* † Non enim cognoscit nec statuit, qui non judicat: nec judicat, qui non cognoscit: Nam & logicis testibus judicium est, de proposito rectè judicare: nec aliter rectè judicatur, quàm examinatione & censura: Examinatione exploramus, an propositum ad rectitudinis normam congruat, nécne: Censura autem est sententiæ dictio, qua id approbamus vel improbamus. Utramq; igitur, & examinationem & censuram non aliter, quàm cognoscendo statuendoque expedimus: & illud est, quod *in l. notionem 99. de verbor. significat.* dicitur: *notionem nos accipere posse, & cognitionem & jurisdictionem*, hoc est, non solùm ipsam causæ examinationem, sed & censuram: non solùm causæ auditionem, sed & juris sententiæque pronunciationem. *d. leg. de qua re. ff. de judic. leg. 2. §. post originem. §. seq. §. deinde cum ærarium. ff. de origin. jur. leg. ex omnibus. ff. de offic.*
182 *præsid. l. 1. §. ab initio. ff. de offic. præfect. urb.* † Hæc ergo notio, sive noscendi ratio spectatur in omni jurisdictione & magistratus officio, *ut ex l. 1. l. 2. l. 4. l. 5. l. 6. l. 7.*

l. 7. l. 9. l. 10. l. 11. & c. ff. de jurisdict. omni. judic. l. 1. l. 2. l. 5. l. 16. l. prætor. l. interdum. l. per minorem. l. de qua re. leg. seq. l. pen. ff. de. jud. l. 1. l. 4. l. 5. l. 6. l. quod jussit. l. Paul. l. quædam 52. l. præses 27. ff. de re judic. dict. l 2. §. post originem. §. seq. §. deinde erarium, & c. de origin. jur. dict. l. 1. 2. 3. 4. 5. l. ex omnibus. l. Senatusconsulto. ff. de officio præsid. l. 1. l. 4. 5. 6. 7. l. meminisse. ff. de officio proconsul. & similibus constat. † Sed jus ita dici- 183
tur, sive judicatur, ut id fiat aut simpliciter, aut cum imperio, *per l. 1. l. 2. l. 3. de jurisdict. omni judic. l. 1. l. 3. l. 4. l. ultim. de officio ejus cui mandat. l. 1. l. 4. l. 5. l. quod jussit. l. à Divo Pio. de re judicat. l. solent. ff. de officio proconsul. l. cognitionum. de variar. extraordinar. cognit. l. cognition. de officio jurisdict. Alexandr.* † Simpliciter jus dicitur & judicatur, quã- 184
do sola notione ejus, qui judicat, hoc est, solo causæ examine & censura, ac solummodò judicando expeditur. *ut in dict. l. notionem annotatur, & liquet ex d. l. 2. de jurisdict. omni judic. dict. l. 5. dict. l. à divo 15. l. si convenerit. l. duo. l. Pomponius. l. interea res. l. Paulus 43. l. de unoquoque 47. l. judex 55. ff. de re judicata. l. de qua. ff. de jud.* † Im- 185
perando, si non simpliciter, jus dicens officium suum expedit judicando: sive cognoscendo, sed simul imperii autoritate intercedente: quoties notionem suam expedit imperando, jubendo, vetandoque *per l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. ff. de jurisdict. omni judic. l. unic. ff. si quis jus dicen. non obtemper. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. ff. de officio ejus cui mandat. l. 4. §. duas. §. final. ff. de damno infecto. dict. l. 5. d. leg. quod jussit. l. acta. ff. de re judic. l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. l. ex omnib. l. seq. l. congruit. l. legatus. ff. de offic. præsid. l. 1. l. 2. l. solent 6. l. seq. in fin. l. 8. l. 9. in princ. & §. de plano. §. seq. l. si quid 11. l. ultim. ff. de officio proconsul. l. 1. 2. 3. ff. de officio præfect. urb. l. unic. ff. de officio præfect. prætor. & c.* † Itaque jurisdictio 186
duplex optima ratione constituitur, una quæ in specialius nomen transit, & *imperium* appellatur, *per*

l.3.ff.de jurisdict. omni.judic. altera, quæ ut generis forma contenta, ita etiam nomen ejus retinet, & simpliciter *jurisdictio*, sive, ut vulgò loquuntur, simplex & in specie jurisdictio, item *notio & notio simplex* appellatur: *per d.l.1 l.2.l.3.l.4.l.5.l.6.ff. de jurisdictio. omn. judic. l.ea quæ.ff.ad municip.l.1.l.4.§.duas. ff. de damno infecto. l.1.l.4.l.5.de officio ejus cui mandat. dict. leg. 1. leg. ultim. de officio proconsul. dict. leg.1.& ultim.de officio præfect.urb. dict. leg.unic.ff. si quis jus dicen. non obtemper. Longovallius, Franciscus de Claperiis, Zasius, & cæteri, ad leg.3. de jurisdict. omni. judic. Muscorn. de jurisdict. per tot. Johann. Robert. cap.22.lib.4.sentent.juris. Duarenus de jurisdict. & ad Baron.* Neque enim hoc rarum est in jure nostro, ut exemplo adoptionis & arrogationis, cognationis & agnationis, conventionis sive pacti & contractus; actionis & petitionis & persecutionis : item con-
187 dictionis, & vindicationis, passim ostenditur. † Scio quidem, Cujacium *in paratit. & observat. 30. lib. 21.* Duaren. Baron. Vasq. Anto. Vacc. Obrechtum, Gillotũ, Longovalliam, Franciscum de Claperiis, Baldum, Goveanum, & plures alios non uno modo dissentire. Sed cùm ex ipsa re, non ex opinionibus definitiones & divisiones hauriendæ sint, istos nunc non attendimus: neque hujus est loci illa exactiùs discutere, utpote quæ *ad leg.3.ff. de jurisdict. omni. judic.* latiùs discutiuntur. Satis nunc sit fontes illius rei
188 hîc pro loci declaratione indicasse. † Hoc imperium duplex est, aliud merum, quod consistit in animadversione, in facinorosos homines exercenda: aliud mixtum, quod simplici plerunque jurisdictioni cohæret: quia nunquam sui solummodò, ut merum imperium, sed jurisdictionis, judiciique constituendi, conservandi & exequendi

cau-

causâ expeditur, *l. 3. ff. de jurisdict. omni. jud.* Et quamvis consistat in coërcendo, tamen non solùm coërcendi finem sibi propositum habet, veluti merum imperium: sed coërcitionem illam exercet propter aliud, nempe, ut judicium finem suum sortiatur per judicationem. Hæc manifestò constant ex *l. 1. l. 4. & l. ultim. ff. de offic. ejus cui mand. dict. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. si quis. ff. de jurisdict. omni. jud. dict. leg. unic. ff. si quis jus dicen. non obtemp. l. eum pro quo. ff. de in jus voc. l. 2. ff. si quis in jus vocat. non ier. l. 1. l. 2. leg. 5. l. prætor 12. ff. de judic. l. 1. l. 4 §. duas. §. final. ff. de damn. infect. l. 1. l. 2. l. 3. l. 5. l. quod jussit. l. à Divo. l. præses. l. duo. l. Pompon. l. Paulus. l. act. 1. l. quidam. ff. de re judicat.* † Igitur, ut ad propositum revertamur; jus 189
dicentis officium, quod circa causas civiles & extraordinarias ac pecuniarias (nam de his saltem hîc disserimus) versatur, in his duobus consistit; tum ut imperio jus dicat, hoc est, coërcendo, jubendo decernendoque procedat. *l. prætor. de dam. infect. titul. Dig. ut legato. nom. cave. titul. Dig. ut in possess. legat. nom. ea. titul. Dig. de reb. auto. jud. possid. l. 1. l. 4. ff. de jurisdi. omn. jud. l. 1. §. jubet. ff. de colla. bono. leg. 4. §. 1. l. ultim. ff. de offic. ejus cui;* tum, ut simpliciter judicet, absolvendo nimirum vel condemnando. *l. de qua re. ff. de judic. l. judices. C. eod. l. 5. l. duo. l. si plures. l. Paulus. l. judex. ff. de re judica.* † Prius 190
illud fit jure magistratus; *l. 1. l. ultim. ff. de offic. ejus cui mand. leg. 4. ff. de jurisdict. omn. jud.* hoc posterius solius notionis judiciique constituti jure. *per dict. leg. 5. ff. de re jud. ubi Duarenus.* † Utrumque vel jure proprio, vel 191
alieno: proprio, si ipse magistratus jus dicat judicetve; vel alieno, si is cui mãdata est aut omnis jurisdictio, aut data, unius tantũ causæ, aut quarundã vel omnium, sed aut cũ imperio & magistratu jure; aut sine eo, quando sc. judex dat, ut tantũ judicet, non ét ut vice

mandantis officio magistratus fungatur. *dict. l. 1. l. 3. l. 4. l. ultim. ff. de offic. ejus cui mand. l. 2. l. 5. l. 6. l. solet. l. seq. l.*

192 *eum qui. ff. de jurisdict. omn. judic.* † Multùm enim differt ille cui mandata sive data jurisdictio, ut vice mandantis fungatur, ab eo, cui causæ cognitio, sive ut judicet, mandatur: ille enim vice mandantis fungitur in his quæ non solùm ad judicandi munus spectant; sed & quæ ad jus magistratus & imperium: Qui verò datus judex est, hic ea, quæ imperii sunt & jure magistratus expediuntur, non habet, nec in iis fungitur vice mandantis, *dict. l. 2. cum ibi not at. dict. l. 5. l. à Divo Pio. de re judic.* sed solummodò in absolvendo & condemnando. *dict. leg. de qua re. dict. l. 5. dict. l. judex.*

193 † Hinc est quòd quædam dicuntur fieri imperio magistratus; quædam jussu judicis; etiamsi ab eodem, & quidem ipso prætore, quiq; jurisdictioni præest, fiant. *Prætor* (inquit Lex XII. Tabul.) *juris disceptator esto, qui privata judicet, judicarive jubeat.* Disceptator juris est, dum jus decernit, puta dando bonorum possessionem; dando vel denegando actionem; dando denique judicem: *dict. l. 3. l. 4. l. 5. de jurisdict. omni. jud.* Judicat, si ipse judicium examinet, & censuram suam, hoc est, sententiam proferat. *Johan.*

194 *Robert. lib. 4. sentent. jur. c. 23.* † Hinc dicitur officium aliud jus dicentis sive magistratus. *l. 1. de jurisdict. omni. judic.* aliud judicis, *Instit. de offic. judi.* illud vulgò nobile; hoc mercenarium vocant *ad l. 1. ff. de jurisdict. omn.*

195 *jud.* † Hinc quædam in jure, quædam in judicio fieri dicuntur. In jure, quæ judicii constituendi & exsequendi causa ante litem contestatam, & post latam sententiam, quæ appellatione suspensa non est, fiunt: *l. pen. de justit. & jur. l. 1. l. 4. & tot. tit. ff. de interrog. in jur. faciend. Duarenus cap. 43. lib. 1. disputat. & tit. Dig.*

de

de confes. In judicio, quicquid ad litigantium instantiam fit lite jam contestata usq; dum sententia fuerit pronunciata. *l. amplius. §. 1. rem rat. haberi. l. si post acceptum. de rei vendicat. l. non potest. l. ubi. l. seq. de judic. l. vinum. ubi Bartol. Bald. Jas. Donell. de reb. credit. si cert. pet. at.* Hinc in jure fiunt propriè illa, quæ imperii magistratusque autoritate, veluti dando judicem, actionem, exceptionem; eámve denegando; mittendo in bonorum possessionem, jubendo possidere licere, capiendo pignora, mulctam indicendo, &c. *d. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. l. 10. l. eum. ff. de jurisdict. omni. judic. dict. l. prætor. ff. de damno infect. l. 1. l. 4. §. duas. §. pen. eod. dict. leg. 1. §. jubet.* In judicio, non quidem denegando vel dando actionem aut exceptionem, non capiendo pignora, vel mulctando, vel mittendo in bona, &c. sed audiendo probationes & allegationes, injungendo, quę ex natura & qualitate actionis desiderantur, & condemnando absolvendoque modò definitivè, modò etiam interloquendo expediuntur. Si enim illa litigator non facit, quæ judex de causa cognoscens post contestatam litem jubet, absolvit judex reum. Si reus non obtemperat, eum condemnat, *l. si à bonæfidei. l. si post acceptum. l. seq. ff. de rei vendicat. l. judices. Cod. de judic. l. 1. cap. de re judic.* Quòd si ipse prætor judicat, vel qui mandatam iurisdictionem habet, & post litem contestatam ob contumaciam rei vel actoris non procedit absolvendo vel condemnando, sed decernendo missionem in possessionem bonorum, *ut in cap. 1. de foro compet. 6.* vel mulctam indicendo: non dicetur illud facere judicis, sed magistratus officio; quia non simpliciter judicando, sed simul imperando expediret. † Hinc ergo relucet origo huius sub- 196
divisionis, qua stipulationes honorariæ subdistin-

guuntur in judiciales, prætorias, & communes: ab officio scilicet & modo injungendi.

XV. CONCLUSIO.

197 *Judicialis † itaq; est illa, honoraria stipulatio, quæ officio judicis judicando, hoc est, condemnãdo absolvendoq; injungitur.*

l.5.hoc tit. Institut. de stipulation. divis. §. præterea. versic. quod si neque statim. Institut. de officio judic. l. si post acceptum. l. præterea. in fin. ff. de rei vendicat. cum similibus. Duarenus & Donellus ad dict. leg.5. Dn. Herman. Vultejus in jurispruden. Roman. lib.1. capit. 39. de divis. stipulation. Et ut Pomponius ait: judiciales stipulationes sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur. *dict.*
198 *leg.5.h.tit. tit. Institut. de divis. stipulat. Donellus ad dict. leg.5. h.tit.* † Honorarias ideo istas definio, quia, ut ex præcedentibus liquet, genus harum stipulationum, non minus quàm prætoriarum, est jus honorarium; seu quòd sint honorariæ, hoc est, tales stipulationes, quæ non mera & absoluta contrahentium conventione intercedunt; sed necessitate quadã ipsius
199 magistratus, vel ejus, qui vice magistratus judicat, & judicis munere fungitur, impellente. † Impellit autem & cogit ad hoc stipulationum genus is, qui de causa cognoscit, nõ priùs quàm judicium sit susceptum, hoc est, lis contestata, & quidem usq; ad sententiam definitivam. Hactenus enim officium
200 judicis non est extinctum. *l. Paulus. l. judex. ff. de re judi.* † Quin etiam, si in ipsa sententia, ejusque prolatione de re restituenda incidat, vel intra tempus faciendi indicatum, aut quod arbitrio judicis datũ est,

resti-

restituendæ rei adhuc judicis est curare. *§. etsi in rem.* 201
vers. ut tamen. Institut. de offic. judic. † Nec impellit aliter, quàm mero judicis officio, illo scil. officio, quod actioni intentatæ inservit, *de quo in tit. Instit. de offic. judic.* etiamsi ipsemet consul, proconsul, prætor, proprætórve judicet: quia non imperii decernentis autoritate, sed ob condemnationem vel absolutionē futuram & exigitur hoc cautionis genus, & necessariò præstandum est, nisi is, à quo exigitur, malit 202
condemnari, vel adversarium pati absolvi. † Hujus generis est *cautio de dolo.* Hujus cautionis multiplex usus est in judiciis. Nā si à te rem meā vindicem, vel ancillam meam unà cum partu petam: ita res restitui debet, ut habeam id omne, quod habiturus fuissem, si eo tempore, quo judicium accipiebam, h. e. litem contestabar tecum, *l. si post acceptum. ibi gloss. & Interpp. ff. de rei vendicat. Dd. ad leg. vinum. ff. de reb. cred. l. penultim. ff. de tritica. condict.* restituisses. *l. restituere 35. de rei vindic. l. cum fundus 31. de reb. cred. si cert. pet. at. ibi Dd. l. 3. §. in hoc. ff. commod.* Habuissem autem meo jure cum omni causa & accessione. *l. præterea 20. ff. de rei vendicat.* Nunc autem tu, vel alius, qui à te acceperat bona fide, usucepit (olim enim usucapio per litis contestationem non interrumpebatur, *dict. leg. si post acceptum. l. Julianus 9. §. 1. ad exhiben. l. penultim. ff. pro emptore.* ut hodie *l. 2. l. fin. Cod. de annal. except. l. unic. C. de usucap. transfer.* sed sola præscriptio, *leg. prima. l. 2. l. antepenultim. C. de long. tempor. præscript. Paulus lib. 5. sent. tit. 2. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum*) aut obligasti pignori vel manumisisti: vel certè metus est, ut pignori tu vel alius, qui à te causam habebat, obligaveritis, vel manumiseritis, aut servitutem imposueritis, vel aliud damnum in re datum sit. Judex

igitur causæ curabit, ut mihi rectè hoc nomine caveatur, *dolum abesse, l. si post acceptum 18. dict. l. præterea 20. in fin. l. si homo 45. ff. de rei vend.* Quòd si detrectas tu, reus, cavere hoc nomine, etiam quanti à me in litem juratum fuerit ob contumaciam non restituentis, nec caventis, sequetur condemnatio; Arbitratu enim judicis non restituisti. *§. præterea. ubi Dd. Institut. de actionib. l. qui restituere. ff. de rei vendicat. l. in actionibus 5. ff.*
203 *de in litem jurand.* † Sic si metu me coëgisti, ut rem meam tibi traderem, actione, quod metus causa, illud obtinere debeo, ut arbitratu judicis restituas: *dict. §. præterea Institut. de action. l. 1. l. metum 9. in princip. & §. sed quod. §. ex hoc edicto. §. cùm autem. l. item si cum exceptione 14. §. hæc autem actio. ff. quod metus causa.* Ita demum arbitratu eius restituisse videberis; si rem per vim traditam retradas, & *de dolo repromittas*, rē deteriorem non esse factam, *dict. leg. metum 9. §. Julianus. §. ex hoc edicto. ff. quod metus causa.* Quod si neutrum feceris, sequetur condemnatio in quadruplum. *dict. l. metum 9. §. ex hoc edicto in fin. dict. l. item si cum exceptione*
204 *14. §. hæc autem actio. eod.* † Idem est, quod *in l. 9. §. quantum. §. seq. ff. ad exhibend. idem quod in l. creditor 15. ff. de pigner. action.* responsum est. Nam si creditor debito soluto reddit debitori pignus, cavere debet, deterius non esse factum suo dolo, servitutes prædii non utendo, amissas non esse. Quod si illud nolit cavere, præstò est condemnatio, nec satis est, pignus red-
205 di, vel offerri. † Sunt quidem omnia judicia absolutoria, si id, quod debetur, solvatur. *§. fin. Institut. de perpet. & tempor. actionib.* Si tamen aliquid amplius præter rei solutionem ex natura judicii præstandum fuerit, veluti *de dolo cautio*; nisi id quoque præstetur, subsequi non potest absolutio, sed potiùs de eo,

quod

quod interest, condemnatio, argum. *l. liberationis. l. solutum. cum ibi notat. ff. de verborum significat.* † Sic cùm 206
emptor venditori redhibet mancipium, de dolo malo promittere debet, ne fortè aut pignori datus sit servus ab emptore, aut jussu ejus furtum alicui aut damnum datum. *l. redhibere 21. §. 1. ff. de ædilic. edict.* Quòd si de eo non repromittat emptor, ex venditi judicio damnandus, aut certè reus venditor conventus, ut redhibitionem admitteret, absolvi debet: quia non rectè redhibetur, nisi rursus venditor habeat, quod habuerit. *dict. leg. redhibere. in princip.* † His & multis aliis casibus judicis officio, quod 207
est in absolvendo & condemnando, hæc *de dolo cautio* injungi & exigi potest: & quotics ita exigenda occurrit, non conventionalis, sed honoraria, & quidem judicialis censenda est; extra verò hanc causam *de dolo cautio* non est judicialis, sed aut sequela & pars aliarum stipulationum, cùm conventionalium, tum prætoriarum, *per leg. 4. l. doli 119. l. ex ea 121. hoc titul. nostro. l. judicatum 6. l. novissima 19. ff. judic. solvi.* Ex fine igitur & modo, quo exigitur, discernendæ sunt hæ stipulationes. Atque hæc de primo exemplo. † Alterum exemplum huius generis oc- 208
currit in cautione *his rebus rectè præstari. leg. aliud est 71. §. 1. ff. de verborum significat.* Hæc cautio vicissim ab actore præstanda est reo, qui rem restituit: *leg. ipsi 19. ff. de rei vendicat.* Quid enim, si bonæfidei possessor *de damno infecto* cavisset? quid si, *ut novi operis remissionem impetraret*, cavit? Nisi enim ille missionem in possessionem pati malit; hic opus inchoatum omittere vel de eo, quod vi aut clam, teneri: utrique cavere tenetur. *l. prator 20. in princip. §. deinde. l. seq. §. 1. ff. de oper. nov. nunc. l. prætor 7. l. hoc amplius. l. si finit. §.*

ex hoc edict. & §§§. seqqq. l. ædificatum 45. ff. de damn. infect.

208 Cautiones hæ quidem prætoriæ sunt, & iis, qui rem possident, & quorum est, incumbunt. Sed postquam à bonæfidei possessore præstitæ sunt, hunc solum tenent: verum dominum sic obligare non potuit *l. quæcunq; ff. de actionib. & obligation. §. si quis alium. Instit. de inutil. stipulation.* Æquissimum igitur est, ut si à possessore res evincatur, cujus nomine de damno infecto, vel simili modo cavit, dominus evincens huic vicissim de indemnitate cavere judicis officio cogatur, *his rebus sic cautis rectè præstari, dict. leg. ipsi*

209 *quoque 19. ff. de rei vendicat.* ne damnum ex cautione prætoria, quam damni infecti, vel operis novi causâ fecit, patiatur. † Illud autem hæc verba: *his rebus rectè præstari*, significant, ne quod periculum vel damnum ex ea re stipulator, cui ita promittitur, sen-

210 tiat, *dict. l. aliud est capere 71. §. 1. de verb. signif.* † Sic si is, à quo Titius fundum petit, *judicium fisti, & judicatum solvi cavit*; deinde propter eundem fundum à te conveniatur; & tu priùs probes, ac judicio obtineas, non antè arbitrio judicis tibi restituere, *juncta §. præterea. Instit. de action. & l. qui restituere. ff. de rei vendicat.*

208 cogetur, quàm si ei caveas, vel paratus sis cavere; *his rebus rectè præstari*, hoc est, si Titius fundum evicisset, te velle eum, cum quo agis, indemnem præstare. *leg. is à quo 57. ff. de rei vendicatio.* Quod si tu hanc cautionem subire nolis, absolvetur à te reus, nec sequetur condemnatoria illa sententia hoc arbi-

211 trium, *de quo in dict. leg. qui restituere.* † Simile exemplum est, quod *in leg. à quo 58. ff. de rei vendicat.* proponitur: A quo servus Stichus petebatur actione in rem, de eodem Sticho conventus erat furti actione: utrique actori condemnatur. Quid igitur, an

con-

continuò restituet petitori prius vincenti ? Utique, si paratus sit ille cavere ; *his rebus rectè præstari*, hoc est, si quid ob eam rem, quòd pro eo homine judicium accepisset, victo præstandum incumberet, id se velle expendere. Quòd si petitor non caveat, absolvi debet reus à restitutione facienda. *dict. leg. à quo 58.* † Sic si promissor viæ 212
decesserit pluribus relictis heredibus, cùm obligatio rei individuæ non dividatur inter hos plures successores, *leg. 2. hoc titul.* singuli in solidum hujus viæ nomine sunt obligati. Itaque in familiæ herciscundæ judicio curabit arbiter familiæ herciscundæ, ut cùm obligatio illa inter coheredes dividi non possit, cautio hæc interponatur mutua ; *his rebus rectè præstari*, hoc est, ut si quis ex his conventus litis æstimationem stipulatori solverit, id pro parte à cæteris coheredibus recipiat, seu consequatur *l. heredes 25. §. contrà si promissor. famil. herciscundæ.* † Pari modo, dum de dividenda hereditate apud 213
arbitrum, id est, judicem, familiæ dividundæ coheredes contendunt, lis oritur de prædio aliquo hereditario : quam litem pro virili omnes conjunctim suscipiunt. Interim hereditas dividitur & uni coheredum soli fundus iste litigiosus adjudicatur. Sanè ejusdem judicis, sic dividendo adjudicantis, officio hoc curari debet, ut si quid ex actionibus fundi illius nomine postea receptum fuerit, hoc reddatur ; aut si quæ impensæ factæ in communi lite, præstentur : Quæ & ipsa est stipulatio, *his rebus rectè præstari. l. in judicio 47. famil. herciscund.* Ejusdem generis est exemplum *in leg. si maritus 46. famil. herciscund. de quo Cujacius observatio. 31. lib. 14.* † Sic in 214
judicio empti redhibitorio huic cautioni locus

est: ut quemadmodum emptor redhibens tenetur venditori cavere *de dolo*; sic vicissim caveat venditor emptori redhibenti, *his rebus recte præstari*, si fortasse servi redhibiti causâ, sine suo dolo, noxali judicio conventus, vel condemnatus sit, ut de eo per venditorem indemnitatem consequatur. *d. l. redhibere 21. §. idem Pomponius. ff. de ædilic. edict.* & nisi de eo caveat venditor, condemnatur in id, quod interest,
215 officio judicis ex actione venditi. † Aliud & tertium exemplum occurrit in stipulatione, *de servo persequendo, restituendo, pretiúmve reddendo ejus qui in fuga est, §. 1. Institut. de divis. stipulation.* Bonæ fidei possessor conventus de servo, qui in fuga est, vel ita absens, ut ignoretur, ubi jam sit: si dolo ejus possessoris ita absit, condemnabitur, ac si possideret, nisi paratus sit *de persequendo* suis sumptibus, *restituendoq;* cavere: si verò sine ejus dolo abest; aut fugit; videndum, an aliqua illa culpa imputari queat, quia solitus erat fugere, & talis servus censebatur, qui custodiri debebat; necne: si qua illa culpa tantùm imputari potest & paratus sit actionibus cedere, *de persequendo* quidem cavere non tenetur, *de restituendo* tenetur, si in potestatem suam revertatur: quia etiamsi sine culpa abesset, *de restituendo* cavere deberet: *l. si à bonæfidei 21. ff. de rei vendic.* Si verò cedere actionibus nolit, neque etiam cavere, condemnatur reus de eo, quod interest; quia culpâ ejus res abest, & in fu-
216 ga, cùm aliàs absolveretur. *dict. leg. si à bonæfidei 21.* † Idem est, quod *in l. 5. §. fin. ff. ad exhibend.* respondetur. Etenim si adversus eum ad exhibendum agatur, qui sine dolo desiit habere potestatem exhibendi, aut quòd in fuga est, aut alio loco moratur, vel quòd peregrè missus sit; condemnari non debet, sed absolvi;

solvi; modò caveat, *se exhibiturum* si in potestatem suam revertatur. *dict. leg. 5. §. fin. l. 7. §. si quis cum. §. fin. ff. ad exhibend.* † Quòd si malæfidei possessor sit, à quo 217
servus petitur, etiamsi culpa tantùm absit, tamen & de *persequendo & restituendo* cavebit: imò cavebit idem malæ fidei possessor, si absit sine culpa, modò non fuisset res abfutura, nec servus in fuga, si ille mala hac fide non possedisset: veluti si quis per vim rapuisset, aut ad tradendum actorem impulisset: ut accidit in actione, quod metus causa, & interdictò unde vi; item quod vi aut clam; *l. item si cum exceptione 14. §. pro eo autem. §. seq. ff. quod metus causa.* † Quod 218
& in herede, à quo legatum relictum est, obtinet, si dubitetur an res legata adhuc in rerum naturâ supersit, necne, vel culpâ ejus fugerit: quippe aperto jam testamento, ex quo legatum petitum est, incipit instar malæfidei possessoris esse, maximè si nolit actionibus cedere: *l. servo legato 69. §. final. ff. de legat. 1.* Si non caveat *de persequendo restituendoque* condemnabitur ex testamento, ut æstimationem præstet. *l. cùm servus 39. l. cùm res 47. §. 1. 2. 3. ff. de legat. 1.* Quanquam, si vivo testatore servus legatus fugerit, impensis & periculo ejus, cui legatus est, reddi debeat. *leg. si servus legatus 108. ff. de legat. 1.* † Quid er- 219
go, si res ex contractu debeatur, caque absit; an & *de persequendo & restituendo*, an de hoc posteriore tantùm, vel neutro cavebit? Videndum hîc est, quid in quolibet contractu, de quo judex aditus est, præstare oporteat. Quòd si præter dolum & latam culpam etiam levem præstare reus tenetur: utique etiam de utroque cavebit: sed ita, ut propter dolum caveat & *de persequendo & restituendo*: propter culpam levem, saltem *de restituendo*. Si verò tan-

tùm de dolo & latâ culpâ obligatus est, & res levi culpâ absit, neque *de persequendo*, neque *de restituendo* 220 cavebit. † Exemplum occurrit in depositario. Is de dolo & latâ, non etiam levi culpâ tenetur, nisi pacto in se receperit, *l. contractus ubi Martin. Del-Rio. Bocerus, Dec. Faber, Hippol. de Collib. ff. de reg. jur. l 1. §. si vestimenta. l. non tantùm. l. 13. l. 16. l. 20. leg. quod Nervæ. ff. depos. l. 1. Cod. eod. leg. 5. §. 2. ff. commod. vel res æstimata depositi datur. l. 16. §. 1. ff. depos. l. 1. §. sed si æstimatio. ff. de æstim. actio.* vel depositarii causâ deponatur. *leg. 4. ff. de reb. cred. si cert. Hippoly. de Collib. in dict. leg. contractus.* Itaque si levi depositarii culpâ servus fugiat, vel res absit, neque *de persequendo neque restituendo* cavebit, sed absolvetur, nisi hanc quoque culpam in se recepit, aut res æstimata data sit, vel ipsius depositarii causâ contractum: quo casu tantùm *de restituendo* cavebit: *de persequendo* ita demum, si dolo fecit, ut res absit. *l. si sine* 221 *dolo 20. ff. depos. ubi gloss.* † Contrà si procuratoris mei culpâ servus, quem emere mandaveram, fugerit, licet levissimâ, cavebit tamen mihi, si in potestatem ejus perveniat, se restituturum. *l. si procuratorem 8. §. fin. ff. manda.* Quod & eo casu obtinet, quando jussi eum, ut manumitteretur, vel ejus rei causâ ipsi domino persolvi precium, & antequam manumittat, vel tradat, servus fugiat: si dolo ejus & latâ culpâ, *de persequendo & restituendo* cavebit: si culpa tantùm, *de restituendo. l. si pecuniam 5. §. item si quis dederit. §. seq. ff. de condict. caus. dat. caus. non secuta.* Etenim mandatarius levissimam etiam culpam luet. *l. à procuratore 13. l. in re 21. Comanda. Hieron. Duacenus, Martin. Del-Rio. capit. 7. Bocerus & Hippol. de Collib. ad dict. leg. contractus de reg. jur. per leg. 5. §. 1. ff. commod. leg. 8. 9. 10. 26. §. cum* 222 *servus. ff. mandat.* † Hoc casu quandoque etiam ca-

vetur

vetur *de precio restituendo*, si in potestatem rei res revertatur, *ut dict. leg. si pecuniam 5. §. quod si fugit. §. seq. ff. de condict. caus. dat. dict. leg. 8. in fin. ubi gloss. ff. manda.* † Imò, omni casu, quo caveri judex jure jubere potest, *de restituendo*; licet etiam, *de precio reddendo* vel saltē, vel alternativè stipulari & stipulanti promittere. Et illud est, cur Justin. hæc conjungit *in §. 1. Instit. de divis. stipul. vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendō ve precio*, q.d. nō solū de restituendo servo, sed & precio, si ita videbitur. Sic, si litis æstimationem solvere paratus sit, aut quanti res est, condemnetur is, cujus dolo vel culpa res abest: actor reo cavere debet, *de restituenda re vel precio*, si in potestatem suam revertātur; *actionibus* quoq; *se cessurum* cavebit, modo culpa non etiam dolo fecerit, ut res absit. *l. ejus rei 46. l. seq. l. si culpa 63. l. in qui dolo 69. de rei vend. l. 12. ubi Duare. de re judic.* † Hujus generis plura alia exempla passim occurrunt, præsertim in familia & communi dividundo judicio. *l. 5. l. & puto 16. d. l. heredes. §. an ea stipulatio. §. seq. §. in illa quoq; §. idem juris. ff. de famil. hercisc.* Hujus generis est illa stipulatio, *de qua in §. si ad exhibendum. vers. quod si neget reus. Instit. de offic. judic.* Si in petitione rei, vel actione ad exhibendum, vel simili aliqua, judex de restituenda vel exhibēda aut danda re interlocutus sit, & se reus paratum ostendat, sed propter rei absentiam vel aliam probabilē ob causam citra frustrationem, & bonâ fide petat tempus sibi dari; cavebit *de restituendo exhibendóve*, vel *dando*, dato certo temporis spacio: at si neq; exhibeat vel reddat, neq; caveat *de restituendo exhibendóve*, condemnari debet in id, quod actoris interest. *d. §. si ad exhibendū in fi.* Sic in vindicatione servitutis huic cautionum generi locus est: siquidem harū actionum hic event⁹ est, ut vi-

223

224

ctori officio judicis, aut res præstetur, aut cautio: Res ipsa, ut jubeat adversarium vitium parietis emendare, factum & impedimentum tollere, &c. Cautio hæc est, ut eum jubeat de reficiendo pariete; neq; se, neq; successores suos prohibituros alti[2] tollere, luminibus officere, ire agere licere, &c. repromittere. *l. harum 7. l. egi 12. ff. si servit. vindic.* Sic in dotis restituendæ causa, *l. si constante. §. quotiens. soluto matrim. quemad. dos peta.* Ut in omni bonæ fidei judicio, cùm nondum dies præstandæ dotis vel pecuniæ venit, agi potest de præstanda cautione, *si casus inopinatus, qui prævideri nõ poterat*; eaq; cautio judicis officio ex causa injungi potest. *l. in omnibus 41. ff. de judic. d. l. si constante. §. quotiens. l. quod si in diem. ff. de petit. hered. l. pro socio. arbiter. ff. pro soc. l. Seja 42. ff. de mor. caus. dona. Cujacius obs. 37. lib. 17.* Eodem spectat, quod *in leg. si in diem 16. ff. de*
225 *petit. hered.* Ulpianus respondit. † Quibus ita discussis, apertè verum constat, quod diximus, judiciales esse stipulationes illas quę mero judicis officio hoc est, illo officio, quod actioni inservit, & vulgò mercenarium (licet non admodum rectè) vocant, injunguntur, metuq; absolutionis, vel condemnationis exiguntur.

XVI. CONCLUSIO.

226 P*Rætoriæ* † *sunt, quæ ex mero soloq; prætoris seu magistratus officio proficiscuntur.*

l. 5. h. tit. §. 2. Institut. de divis. stipula. utroq; loco interpp. & post veteres ad dict. l. 5. Alciat. Zas. Duaren. Cujac. Donell.
227 *Herm. Vultejus d. c. 39. de divis. stipulat.* † Prætoris enim appellatione hîc omnem intelligimus magistratũ, quiq; magistratus mandãtis vice imperio fungitur, & imperando jus dicit. *leg. 3. l. 4. l. ultim. ff. de offic. ejus cui mand.*

mand. l. 2. l. 5. & 6. l. solet. ff. de jurisdiction. tum quòd lex XII. Tab. Livius & alii scriptores ita accipiunt, tum quòd & eundem prætorem καθ' ἐξοχὴν JCti etiam vocant, quem alio loco proconsulem, præsidem, qui jurisdictioni præest, qui judex pro tribunali cognoscit, qui cum imperio est, qui jus dicit, qui magistratus est, qui provincias regit, qui omnem habet potestatem &c. *ut l. 1. 3. 4. 5. 6. l. qui jurisdictioni 10. l. cum qui judicare 13. l. solet. l. seq. l. si convenerit. l. fin. ff. de jurisdi. omn. judic. l. illud 32. ff. ad L. Aquil. junct. l. 1. ff. si famil. furt. feciss. dica. l. unic. ff. si quis jus dicen. non obtemp. l. unic. ff. de offic. præf. prætor. l. 1. l. ultim. ff. de offic. præfect. urb. l. unic. ff. de offic. quæstor. l. 1. ff. de offic. præsid. l. 3. in fin. l. 4. ff. de recept. arbitr. l. 1. l. 2. in princ. & fin. l. 5. l. cùm prætor 12. ff. de judic. l. 1. l. 2. l. 3. l. solent 6. l. seq. §. fin. l. seq. l. meminisse 10. l. seq. l. legatus 12. l. seq. ff. de offic. proconsul.* Tum denique quod & Pompon. *in dict. leg. 5.* & Justinian. *in §. 2. Institut. de divis. stipulat.* testantur, hoc loco sub prætoriis comprehendi etiam ædilicias stipulationes, quæ officio ædilium curulium injunguntur.† Magistratus sive prætoris of- 228
ficium, judicis officio oppositum, propriè est, quod vulgò nobile vocant, & imperando, hoc est, coërcendo, jubendo, vetando, juris judiciique constituendi, conservandi, exequendique causa consistit, atque ità ea continet omnia quę mixti sunt imperii, *per d. l. 1. cum ibi nota. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. l. qui jurisdictioni 10. l. eum qui. l. prætor. ff. de jurisdict. omn. jud. d. l. 3. l. 4. l. ulti. ff. de offic. ejus cui mand. l. solent. l. si quid 11. ll. seqq. ff. de offic. proconsul. l. 3. l. 4. l. 5. ff. de offic. præsid. l. ea quæ. ff. ad municipal. d. l. 1. l. 4. §. duas. §. fin. ff. de damn. infect.* † Prætoriæ igitur stipulati- 229
ones sunt illæ, quæ imperando hoc fine injunguntur, ut si non fiant, prætor sive magistratus procedat, non absolvendo, vel condemnando; sed coër-

cendo exequendoque, veluti quòd mittat in bona non caventis, aut bona ejus jubeat possideri; aut pignus capi, vel mulctam indicat: aut actionem exceptionémve deneget, vel actionem det, *dict. l. 1. d. l. 4. §. 2. l. prætor. ff. de damno infect. tit. Dig. ut legato. nomin. cavet. l. 1. ff. ex quibus caus. in poss. ea. d. l. 1. §. jubet. ff. de collat. bonor. §. si verò aliquis. Instit. ut. de satisda. leg. qui proprio. §. qui alium. leg. servum. §. ait prætor. leg. multis. §. pœna. ff. de procura. leg. 1. l. 7. quemadmod. usufruct. cave. l. si venditor. ff. de ædilic. edict. l. si post 24. Cod. de evict. leg. 3. leg. 4. ff. de jurisdict. omn. jud. l. unic. ff. si quis jus dicent, non obtemp. l. 2. §. 1. ff. si quis in jus voca. non ier.*

XVII. CONCLUSIO.

230 HAE† *stipulationes, à speciali fine & usu, rursum subdividuntur in judiciales, cautionales, & communes.*

l. 1. l. 2. ff. de prætor. stipul. Omnem enim hanc stipulationem prætor exigit & injungit, aut judicii causa peculiariter, aut ut instar actionis intercedant; aut utriusq; causa; tum ut judicium constituant, tum ut novam actionem conficiant, sive instar actionis intercedant: idq; exemplorum ac singularium specierum declaratione plenius patebit.

XVIII. CONCLUSIO.

231 JUdiciales† *igitur illæ, sic à fine & usu appellatæ, sunt stipulationes prætoriæ, quæ propter judicium, ut illud ratum fiat, interponi jubentur.*

232 *d. l. 1. ff. de prætor. stipula.*† *Prætorias* esse dico, ut ostendam, non in eodem genere, & eadem significatione appel-

appellari *judiciales*, hîc, & *in d.l.1.* de qua *in conclus.14.& 15.sup.hoc cap.* & *in d.l.5.h.t.* quasdam *judiciales* vocari diximus. A fine enim diverso & modo, quo decernũtur & exiguntur, *in d.concl.14.& 15.ac d.l.5.* sic appellatæ sunt: Hîc verò à speciali usu & fine, quem obtinent & obtinere nituntur: *ut Wesenb. post alios & Jas. Duaren. Cujac. Donell. &c. ad dict. leg.1. Bart. Bald. ad l.1.ff. de præto. stipula. admonuit.* † Prætor enim in hoc, circa has 233
stipulationes intendit, ut judicium futurum, vel jam susceptum revera ratum ac firmum esse curet, interpositâ stipulatione: ut si ea non præstetur, deneget actionem, vel aliam det de vi, vel simili de causa. Quid prodest judicem dari, actionem permitti, judicium constitui, & pronuntiari quid juris, si effectu & executione carere queat? Quibus igitur casibus judicium irritum metuitur futurum, vel inane: ad hoc plerunq; cautionis genus multis casibus recurritur. *d.l.1.* Quo cautionum sive stipulationum genere hoc intendimus, non ut nova sit actio, & vice actionis fungatur, sed ut eò certior sit actor de solutione ejus, quod actione judicati speratur petendum, vel exceptione præjudiciali elidendum. *l.9.§.1.l.si antè.l.novissima.ff.judic.solvi.§.2.Inst.de satisda.* † Hujus ge- 234
neris duo exempla proponuntur *in d.l.1. de prætor. stipulat.* Primum est *judicatum solvi.* † Hæc stipulatio, est 235
satisdatio, quæ fit datis fidejussoribus, ut aut cum reo, qui ita cavet, aut cum ejus fidejussoribus agatur *judicatum solvi. §.1. Instit. de satisdat.* † Hæc stipulatio o- 236
lim exigebatur etiam ab eo, qui ipsemet actione in rem conventus, in propria persona litem suscipiebat & defendebat. *d.§.1.* Hodie verò qui ipse litẽ suscipit suo nomine *judicatum solvi* cavere non tenetur. *§.sed hodie. Inst.eod.* A procuratore verò ac defensore,

item à tutore, curatore, & iis qui sine mandato possunt absentes defendere, veluti pater filium, & vice versa, maritus uxorem, &c. *l. militem 7.* à sensu contrario. *l. exigendi 12. l. non eò 14. l. maritus 21. C. de procurat.* omnino exigitur hæc cautio: adeò ut si eam nō præstent, à prætore judicium ac defensio denegetur. *§. sin autem. & §§. seqq. §. fin. Institut. de satisdati. l. unic. C. de*

237 *satisdand.* † Qua stipulatione hoc promittitur id, quod judicatum fuerit, se soluturum, sive causa rectè sit defensa sive non, sive ob dolum præsentem

238 vel futurum judicatum fuerit. † Has enim tres clausulas hæc stipulatio in unum coactas habet: *judicatum solvi, rem rectè defendi, & dolum malum abesse abfuturumque.* ut si ex una sit commissa, in solidum censeatur commissa, nec amplius in eadem persona committi ex cæteris clausulis queat. *leg. quinta. §. in hac. leg. sexta. leg. cùm quærebatur 13. leg. ex clausula 17. leg. novissima 19. leg. ultima. ff. judic. solvi.* Est enim planè similis hæc stipulatio illi: *Si navis ex Asia venerit, aut si Titius consul fuerit? dict. leg. cùm quærebatur 13. ff. judic. solv.* quæ si ex altero tantùm commissa fuerit, in solidum amplius committi non potest. *leg. si ita quis 63. leg. si quis ita 129.*

239 *vers. at si sic. h. t.* † Et quidem ex prima clausula cedit dies statim post rem judicatam, sed exactio in tempus reo principali indultum differtur. *leg. prima. ff. judic. solvi.* Ob rem non defensam tum tandem cedit, si nemo potest amplius existere, qui defendat: nam quamdiu aliquis existere defensor potest, indefensus nemo videtur. *leg. tertia. §. penulti. judica. solv.* adeò ut ipsis fidejussoribus permittatur defensionem suscipere, *leg. quinta. §. penultimo & ultimo. ff. eod.* & fidejussores ob non defensam rem conventos liceat reo defendere, modò nōdum damnati sint ex hac clausulā,

sula, *dict. leg. 5. in princ.* † Hæc igitur stipulatio non in- 240
tercedit, ut committatur, si judicium non habeatur ratum, sed ex eo, quod judicatum sit: neque ut nova sit quæsita actio, novumq; judicium cum reo principali, vel cum defensore; sed ut dominus litis, & qui satisdat judicatum solvi, permittat secum judicio agi, & judicatum faciat: quod si id non faciat, fidejussores pulsentur. *dict. leg. 1. leg. 2. leg 3. in princ. §. si reus. §. fin. leg. 4. leg. 5. in princ. §. 1. §. nunc videamus. §§. seqq. leg. si ante 7. leg. si ad 10. leg. si reus 12. leg. seq. leg. si ex duobus 14. leg. ex judicatum 16. leg. novissima 19. leg. seq. leg. ulti. ff. judic. solv. leg. ex ea parte 121. l. stipulatio ista 38. §. si quis dolum. hoc titu.*
† Quin & eo casu, quo reus conventus satisdat pro- 241
curatoris sui nomine, instar fidejussoris ipsemet pro defensore suo obligatus est, & convenitur commissa stipulatione ex eo, quod judicatum sit: *§. si verò aliquis. Institut. de satisdat. Per quam,* inquit Justinianus, *ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisdationis clausulis. dict. §. si verò aliquis.* † Alterum 242
Ulpianus exemplum in stipulatione *ex novi operis nũciatione* proponit *dict. leg. 1. de prætor. stipulatione.* Solent vicini vicinis ædificando non rarò injuriam inferre, vel avaritiâ aut errore vel temeritate quadam impulsi. Cui malo ut medicinam adhiberet prætor, *novi operis nunciationem,* id est, prohibitionem introduxit: hunc in modum edicens: *Quem in locum nunciatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur: Quod in eo loco, antequam nunciatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas. leg. prætor 20. ff. de oper. novi nunciatione.* Itaque sive jure (nam & vicinus vicino potest injustè novum opus nunciare errore, vel temeritate aut avaritia quadam) sive injuria opus fiat, per nunciationem inhiberi poterit: *leg. 1. eodem.*

Cùm nunciando se prætoriæ jurisdictioni committant litigatores, *dict. leg. 1. §. & post operis. de novi oper. nunciat.* ut is cognoscat, juréne an injuriâ sit nunciatio facta: ut si jure, nõ solùm id quod factum est tollatur, sed etiam in posterum facere prohibeatur: si injuriâ & injustè, remittatur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nunciasset, non haberet. *d. leg. 1.* Quod si spretâ nunciatione, antequam remissionem nunciationis impetraverit, pergat ædificare vicinus, quicquid operis deinde fecerit, ex hoc interdicto restituere, h. e. destruere & demoliri tenetur, sive jure sive injuriâ ædificaverit: quia prætoriam autoritatem sprevit, & nullo jure ædificavit, dum contra nunciationem fecerit. *dict. leg. prætor 20. in prin. & §. ait prætor. l. non solum 8. §. 1. §. 2. §. sciendum. §. seq. §. fin. ff. de oper. novi nuncia.* Sed interdum magni interest, ut opera fabrorum non impediatur, maximè si de jure suo se docere posse dicat ædificans: nec tamẽ de eo in continenti liquere possit, & cognitione causæ opus sit. Decus etiam urbium & ædificiorum ilicò opus fieri hortatur, ne ędificia derelinquantur. *d. l. prætor 20. §. hoc interdictum.* Ideo in hunc quoque casum aliud edictum proposuit, quo hanc, de qua agimus, stipulationem sive cautionem, *ex novi operis nunciatione*, introduxit: sic enim edixit: *Quem in locum nunciatum est, ne quid operis novi fieret: qua de re agitur, si de ea re satisdatum est; quod ejus cautum sit, aut per te stat, quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto. dict. leg. prætor. §. deinde ait. ff. de novi operis nunciat.* Hoc ergo prætor pollicetur, ut si quis velit post operis novi nunciationẽ impunè ædificare, offerre debeat satisdationem & repromissionem nunciatori. *dict. l. prætor. §. hoc interdictum. §§. seqq. l. seq. §. 1. & seqq.*

seqq. ff. de novi operis nunciat. qua utrique consulitur, tam ei cui nunciatum est, ut sine periculo postea donec jure se ædificasse docuerit, pergat, nec demoliri ex superiore interdicto cogatur, quàm etiam illi, qui nunciavit, cui hoc modo cautum est, de opere restituendo, h. e. demoliendo & tollendo, si postea apparuerit, injuriâ ædificasse eum, cui nunciatum est, & repromisit, satisve dedit de opere demoliendo. *dict. leg. prætor. §. deinde ait. cum seqq. d. l. stipulatio 21. in princ. & §. 1. §. 2. §. 3. & t. l. 5. §. si is cui. §§. seqq. l. & si 7. ff. de oper. novi nunc.* † Hanc enim conditionem hæc *ex novi operis nunciatione* stipulatio prætoria judicialis habet, utita demum committatur, si judicatum fuerit, autantequam judicetur, causa non defendatur, aut dolus malus non absit. *d. l. stipulatio 21. §. habet autem. de novi oper. nunciat.* Ex quo consequens est, hanc stipulationem intercedere judicii causa, ut illud revera ratum sit, hoc est, omnino suum sortiatur effectum, nec liceat irritum fieri. Non enim ex eo committitur, quia ratum non habeatur judicium, sed quia judicatum sit; *d. l. stipulatio 21. §. habet autem. Anton. Faber. lib. 3. conjectu. cap. 1.* ut ita optimo jure censeatur *judicialis prætoria. Duaren. Donell. in d. l. 5. h. tit. Anto. Fab. d. cap. 1. Duaren. de prætor. stipulat.* An autem *juxta l. unic. Cod. de novi oper. nunc. c. penult. & ult. ex eod.* recusante nunciatore admittere cautionem trium mensium dilatio semper expectanda, nec cautio ab eo, cui nunciatum est, oblata statim admittenda? & utrum *d. l. unic.* corrigat hac in parte jus civile, an verò illud declaret, ac limitet? variè disputant & Canon. *in d. c. penultim. & ult.* & Dd. præsertim gloss. Ruin. *in repet.* Bart. Socin. junior. *in dict. leg. 1.* ac novissimè Anton. Tessaur. *decis. Pedem. 204. num. 3. 4. 5.* Quod hujus loci

243

244 non est. † An quoque plures sint species prætoriarum stipulationum judicialium dictu difficile est: cùm *in dict. leg. 1. de prætor. stipulat.* hæ duæ tantùm exempli gratia referantur. Sunt sanè, qui *rem ratam haberi* ex hoc genere esse contendunt, corruptum esse textum asserentes: sed eos falli postea dicemus, cùm ad eam perventum fuerit.

XIX. CONCLUSIO.

245 *Cautionales † prætoriæ sunt, quæ instar actionis habent, & ut nova sit actio intercedunt.*

d.l.1.ff.de prætor.stipul. hoc est, cautionales non sunt ideò comparatæ ut revera ratum ac firmum judicium faciunt, ac committātur ex eo, quod judicatum fuerit, uti judiciales prætoriæ, de quibus in præced. conclus. sed alterutrum horum efficiant, *aut ut instar actionis habeant, aut ut nova actio intercedat, sive judicii ut ratum fiat, sive alterius rei causa exigantur. d.l.1.ff.de prætor. stipulat. l.non solùm. ff.rem ratam habere. l.si ambo. §.in stipulationibus. ff.de compensa. l.actionis 73. ff.de actio. & oblig. l.si Stichum. §.1. ff.de nova. leg.1. leg.4. §.1. §.hanc stipulationem. §.generaliter. ff.rem pupil.salv.for. leg.si pupillus 9. ff.de*

246 *novatio.* † Quid igitur an hæ solæ nec præterea ullæ aliæ sunt cautionales? quid? an verba illa, *quæ instar actionis habent, & ut sit nova actio intercedat* &c. sunt per

247 disjunctionem accipienda? † Sanè quod ad primam quæstionem attinet, Anton. Fab. *libr. 3. conject. cap. 2. vers. & sciendum. de prætor. stipulat.* asserit, *omnes quidem stipulationes, etiam conventionales & judiciales & communes, cautionales esse,* cùm nulla stipulatio, sine hoc fine & scopo intercedat, *ut cautum sit, ut securus sit:* sed has specialiore fine, respectu nimirum *prætoria-*

toriarum judicialium & communium hoc nomen meruisse: cùm non, *ut omnino ratum sit* id, quod judicetur, *ut solvat*, quod debetur, sed ut, si ratum non sit, vel quid non fiat, aut detur, uti fieri dariq́ue oportet, commissę hę stipulationes novâ quasi actione securitatem præstent: idque *in d.l.1.vers. & sciendum.* indicari. † De altera autem quæstione ita disserit, ut hæc 248
verba, *quæ instar actionis habent, &, ut sit nova actio, intercedunt*, pro uno eodemq́ue accipiat, & idem significare contẽdat, ac si dixisset Ulpianus: *cautionales sunt, quæ, ut novatio fiat, instar novæ actionis intercedunt.* Vult enim *in d.cap.1.* hæc duo: primò nullam prætoriam stipulationem pro tribunali instar actionis peti: alterũ, per quamlibet cautionalem prætoriam contingere novationem & inde nomen habere. Primum illud circa finem *d.c.1.lib.3.conject.* hoc argumento conatur obtinere: Stipulatio *duplæ* procul dubio est prætoria cautionalis. *§. prætoriæ. Instit. de divis. stipulat.* Atqui hæc stipulatio sine jussu prætoris exigitur & debetur. Nam etsi de dupla promissum non esset, tamen ex empto de dupla ageretur. *l. quod si nolit 31. §. quia assidua. ff. de ædilic. edict.* Secundò, nemo, inquit, dixerit stipulationem, *Rem ratam haberi?* speciali prætoris imperio injungi. Igitur, inquit, verius fortasse fuerit, cautionales stipulationes ob eam causam dici habere instar actionis, quòd actionum, quas novant & perimunt, naturam induũt, & vicem earum repræsentant. † Hoc convinci tertiò putat enume- 249
ratione omnium specierum, veluti stipulationis *legatorum nomine* interpositæ, quæ in omnibus eodem jure, quo ex testamento actio, si supereesset, censeretur: quia sicut ipsa ex testamento actio ad heredem non transiret, sic nec ex stipulatione ob legatũ con-

ditionale interpositâ. *l.1.§.si quis sub.ff.ut legat.vel fideicommiss. nom. cave.* Item si fugitivus servus sit legatus, non plus venit in actionem ex stipulatu, quàm in actionem ex testamento. *leg. si legati 56. ff. de legat.1.* Sic stipulationem *rem pupilli salvam fore?* in eam rem tantùm competere ait, quæ tutelæ judicio contineretur. *leg.1.leg.4.§.hanc.§.generaliter.ff.rem pupill.salv.* & illud esse, quod *in l.aliam 29.ff.de novation.* dicatur. Hoc sensu dici *in leg. non solùm 20. ff.rem ratam haberi, repræsentare vicem actionum: & in leg.fin.in fin.ff.rem ratam haberi, interponi in vicem conditionis.* † Cæterùm, si ex affectionum differentia, differentes quoque res argui debent, ut debent, magis est ut hac Anton. Fabri assertione rejectâ, sequamur Alcia. Donell. Cujac. & si qui alii illud defendentes, nempe omnes quidem cautionales stipulationes hoc commune habere, ut & instar actionis intercedant, eo quo Anto. Fab. dixit, sensu; & ut nova sit actio, efficiant: ideoque verba illa copulativè esse accipienda *in d. vers. quæ instar actionis &c.* Sed in hoc solo indifferenter non omnes subsistere. † Nam si ad singulas species descendamus, duplicem affectionem in hoc etiam inveniemus. Quædam ita actionis instar intercedunt, ut cùm nulla alia actio sit, hæ per se petantur instar actionis, ut efficiant novam actionem, nõ solùm exactæ & præstitæ, sed etiam tum quando petitæ sunt, licet nondum exactę: ut accidit in *damni infecti* cautione, ipsomet etiam Anto. Fabro confitente. Quædam verò ita instar actionis sunt, ut quidem novam efficiant actionem, sed neque per se petantur, neq; instar actionis postulentur, ut infrà exempla docebunt. Illius generis mentio fit *in d. l. actionis 37. ff. de action. & obligat. ubi gloss. & dict. leg.1. ff. de prætor. stipulatio.*

250

251

hujus *in dict. leg. non solùm rem ratam habere. leg. si ambo. §. in stipulationibus. ff. de compensationibus.* De hoc posteriore genere exempla profert Antonius Faber: illius generis omittit. † Deinde & in eo fallacia est, 252
quòd illa verba, *quæ instar actionis* &c. sic accipit, quasi nihil amplius significent, quàm quòd instar, hoc est, vice & loco actionum aliarum sint: atqui non hæc sola significatio est, sed illa etiam, quòd instar actionis, hoc est, eo modo quo actiones solent, apud prætorem postulantur: prætor quippe postulanti formam dictat, & exactorem instar judicis dat, ut liquet *ex leg. prima. leg. quarta. §. duas. ff. de damno infecto.* Et quamvis largiamur, non in hac speciali significatione verba illa, *instar actionis proponi in dict. leg. prima. ff. de prætoria stipulatione*, sed in ea tantùm, quæ conveniunt omnibus cautionalibus, proponi: tamen ex eo nõ rectè inferre liceret, nullas esse cautionales, quæ propriè & specialiùs dicerentur, *instar actionis postulari*, & decerni à prætore, ut inde appellentur *instar actionis esse*, & actionum appellatione contineantur; *contra quàm in dict. l. actionis 37. responsum est.* Imò, quæ ut nova sit actio propriè intercedunt, etsi instar actionis habentur, hoc est, idem continẽt, quod illa actio, propter quam intercedunt, & vicem ejus subeunt, tamen instar actionis pro tribunali non petuntur, ut accidit in stipulatione *rem ratam haberi*: interdum in stipulatione *rem pupilli salvam fore?* quæ tamen sæpe *instar actionis* postulatur: item ut accidit aliquando stipulationi *legatorum & fideicommissorum*: nam & illa sæpe pro tribunali postulatur *instar actionis*, quando scilic. conditio legati nondum extitit, nec ita actio ulla sit ex testamento. † Quæ cùm 253
ita sint, facilè & per se argumenta Anto. Fab. corru-

unt. Nam cùm duplicem ſpeciem cautionalium faciamus, unam earum, quæ *inſtar actionis* & per ſe poſtulantur, nullius alterius præexiſtentis actionis intuitu: alteram earum, quæ *ut nova ſit actio*, faciunt, nec *inſtar actionis* per ſe poſtulantur, ſed propter aliam actionem intercedunt: utique in exemplo primo & ſecundo committit paralogiſmum: quippe nõ ſunt ejus ſpeciei exempla, de qua quæſtio eſt, ſed alterius: & perinde eſt ac ſi quis probare vellet, hominem nõ eſſe animal rationale; & in ejus rei fidem induceret exemplum leonis, vaccæ, capræ, ſimiæ, canis: ipſius autem hominis nullum. Tertium eſt à communi omnium cautionalium affectione, quam non negamus, ſed aliquid amplius differentiæ in his exiſtere dicimus, cur in eam duplicem ſpeciem meritò ſubdiſtingui debeant: & ità verba illa, *inſtar actionis*, geminum habere ſenſum: De illo autem non eſſe quæſtionem certũ eſt, ſed de hoc altero. Igitur aliud etiam eſt in ejus argumenti concluſione, aliud in quæ-
254 ſtione. Et hæc de priore. † De altero ità Anton. Fab. diſſerit *d. cap. 1. lib. 3. conject.* ut nobis perſuadere conetur illa verba, *& ut nova ſit actio intercedunt, in dict. l. 1. de prætor. ſtipul.* idem ſignificare, quod eſt, *ut fiat novatio*: eamque ob cauſam in vulgaribus exemplaribus nõ ineptè hoc modo legi: *quæ inſtar actionis habent, & ut fiat novatio intercedunt.* In hanc ſententiam & argumenta & exempla profert. Primum argumentũ tale
255 videtur. † Quoties ſtipulatio, maximè apud veteres & ſecundùm jus Pandectarum, intercedit, ut nova ſit actio, toties cenſetur novatio facta: quia priſtina amplius non eſt, utpote transfuſa & ſublata. *l. 1. l. 2. l. 5. l. 6. in fin. l. ſeq. l. 8. ff. de novatio. l. ult. Cod. eod.* Atqui, ut nova ſit actio, antiquatâ veteri, ſtipulationes prætoriæ

riæ cautionales intercedunt, *per d.l.1.ff.de prætor.stipul.*
† Secundò stipulatio, quæ legatorum & fideicom- 256
missorum causa interponitur, prætoria est cautionalis; & ut nova sit actio, intercedit, *d.l.1.de prætor.stipul.* Hoc enim exemplum statim eo loci subjicitur definitioni cautionalium: At hæc stipulatio novat actionem ex testamento, ut legatario stipulanti ex testamento agere amplius fas non sit, sed saltem ex stipulatu: idque duobus probari textibus ait, primò *per l.si sub conditione 21.ff.de acceptila.* deinde *per l.si Stichum 8.§.1.ff.de novat.* † Et cùm videat responderi posse *ad* 257
d.l.si Stichum 8.§.1. in ea facti specie hoc disertè actum fuisse, ut novatio fieret: huic occurrere nititur ex veteris juris historia: siquidem, ut nunquam intelligatur novatio, nisi disertè & expressè actum sit; illud primum introduxisse Justini. *in d.l.fin.C.de novat.* secundùm jus Dig. autem semper oportere intelligi, *actum, ut esset novatio, quoties ut non esset, disertè nõ conveniisset*: argumento esse dicit tum *l.dotem 30.de jur.dot.* tum quod *in d.l.si Stichum 8.§.si quis ita.ff.de novatio.* sequitur, *novationem fieri si id actum sit, ut novetur*: quæ id indicant, intelligi novationem fieri, si convenit ut Sejus debeat, quod Titius promisit, nisi expressè actum appareret, ut novatio non esset. † Tertiò ob- 258
jicit stipulationem, *rem pupilli salvam fore?* quam dicit novare & perimere tutelæ actionem, ut ex stipulatu tantùm agere sit necesse, *per l.si pupillus 9.ff.de nov.*
† Quartò profert *l. ex empto 11. §.qui autem.vers. sive sti-* 259
pulatio.ff.de action.empt. ubi probari ait, stipulationem ædiliciam & de evictione duplæ adeò novare actionem ex empto, ut deinceps amplius empti agere nõ liceat, sed tantùm ex stipulatione duplæ. Quintò idem probari credit *per l. inter omnes 12.ff. qui satisdar.*

cog. cujus responsi sensum hunc esse putat: illam stipulationem, qua heres sub conditione scriptus substituto cavet, *nihil se ex ea hereditate deminuturum*, ut est *in l. Paulus 8. ff. de præt. stip.* ita novare actionem ex testamento, ut jam ex stipulatione saltem agendum sit. Sextò de *damni infecti* stipulatione ita statuit, quòd ea novet actionem in factum, quæ aut nascitura est adversus eum, qui damni infecti causa in possessionem mittendum non admittet: *l. si finita 15. §. ult. ff. de damno infect.* aut propterea danda, quod cùm nondum cavit, cui cautio à prætore fuerit decreta, damnum factum sit; uti in facti specie. *leg. si fistula 18. ff. de servi. urban. prædio.* † Nam & futuræ actionis vel obligationis novatio contrahi potest. *leg. 2. leg. si pupillus 9. §. qui sub conditione. leg. quotiens 14. ff. de novat.* Septimò per *leg. ult. in fin. ff. rem ratam haberi*, idem probari credit eò ipso, quod dicitur, stipulationem *rem ratam haberi* in locum condictionis interponi. Postremò stipulationem quę ab usufructuario exigitur, usus fructus nomine, ut eo finito restituatur res serviens; novare ait actionem in rem, quæ finito usufructu proprietario competeret. † Verùm nec illa nos movent, ut in hanc sententiam Anton. Fabri descendamus. Etenim jure etiam Digestor. necesse erat, id expressè vel tacitè agi, ut esset novatio. *leg. 2. ff. de nova.* quod & suprà diximus. Et hac in parte nihil novi Justinianus introduxit. Sed cùm sæpe in ambiguo esset, nũ hoc tacitè contrahentes egissent nec ne, & quibusdam casibus JCti interpretatione novationem inducerent sæpe contra vel præter opinionem contrahentium, hujus incommodi tollendi causa Justinianus prohibuit per interpretationem inducere novationem, ubi hoc expressum non esset, aut disertis ver-

verbis, aut evidenti demonstratione. † In propositis autem casibus nihil est, quod arguat interpretando JCtus introduxisse novationem. Nec enim hoc illi poterant, cùm solius prætoris esset interpretatio prætoriarum stipulationum. *l. 52. h. tit. l. 9. ff. de prætor. stipu.* † Deinde, si omnibus istis casibus olim erat novatio, hodie non esset, propter *d. l. fin. C. de novat.* si eâ notâ, tanquam formâ, distinctæ fuére hæ stipulationes à cæteris prætoriis: quia vi & natura sua novaverint aliam actionem aut nullæ hodie ampliùs erunt prætoriæ cautionales, sublatâ & extinctâ earum formâ, *per dict. leg. fin.* aut ad has prætorias *dict. leg. fin.* non pertinebit, nec generalis erit: Atquin hoc posterius utrumque falsum est: Igitur & antecedens. Nam adhuc sunt cautionales prætoriæ, & integrâ suâ consistunt formâ, nec ea vel sublata est, vel interpolata *per dict. leg. fin.* & tamen *dict. lex fin.* ad has quoque prætorias pertinet. Est enim generalis de omnium stipulationum genere disserès, nec alibi excipit has *cautionales*. Itaque forma & proprium discrimen harum stipulationum non fuit in eo quærendum, quòd novent præcedentem aliquâ actionem. Imò hæc non propria esset forma, quia ne quidem proprium adjunctum, cùm illud commune haberent cum infinitis aliis stipulationibus. † *Novam* igitur *actionem in dict. leg. 1.* ita interpretemur, ut dicamus illud his stipulationibus effici, ut præter aliam aliquam præexistentem actionem intercedant, & propter illam constituant novam quoque actionem, eóque differre à *prætoriis judicialibus*, ut in præcedente conclusione vidimus. Nec obstant argumenta Antonii Fabri. Nam primum nititur iniqua historiæ narratione, ut ex suprà dictis constat: deinde

262 263 264

major est ex parte falsa: nam non omnis stipulatio, quæ ut nova sit actio, facit, novat & perimit præcedentem stipulationem: exemplum sit fidejussio: exemplo sit quod *in leg. quarta. ff. de action. empt.* responsum est: exẽplo sit pœnalis stipulatio; quæ etsi quasi novare dicitur, tum quando committitur, præcedentem obligationem; propriè tamen novationem fieri ne quidem veteres Jurisconsulti permittunt, dum optionem dent, utri stipulationi actor inhærere velit. *l. obligationum ferè. in fin. ff. de action. & obligation. Petr. Costal. ad l. 41. ff. pro socio. l. ita stipulatus 115. in fin. h. tit.*

265 † Minor quoque negatur, nec probatur *per d. l. 1. vers. cautionales. ff. de præto. stipulat.* Imò quæstio est, an illa verba, *ut nova sit actio*, id significent. quod Anto. Fab. quærit. Neque etiam omnis nova actio perimit priorem: alioquin omnis conventionalis subsequens stipulatio perimeret pactum transactionis, placitum permutationis, & si qui alii contractus: quod falsum est *per l. 6. l. ut responsum 15. Cod. de transact. leg. petens. C. de pact.* Secundi quoque minorem, ut infirmã rejicimus. Sic autem Venulejus *in dict. leg. si sub conditione 21. ff. de novatio.* ait, *si sub conditione legatum mihi datum novandi causa stipulatus sum, & ante* &c. Disertè igitur hoc actum esse *juxta l. 2. ff. de novat.* testatur Venulejus, ut actio ex testamẽto hac stipulatione novaretur; nõ per interpretationem ipsius acti hoc colligit: & illud præterea indicat, nisi ita actum esset, locũ habitura fuisset actio ex testamento præter actionem ex stipulatu. Imò *in dict. leg. si sub conditione.* non de hac

266 *prætoria, sed de conventionali* agitur. † Non enim omnis *stipulatio legatorum* est prætoria, sicut nec omnis *doli clausula* est judicialis. *leg. doli. leg. ex ea. hoc tit.* nec omnis *judicio sisti. leg. si ita 97. l. ita stipulatus 115. hoc titul.*

sed

sed illa demum prætoria est, quæ instar actionis postulatur. Sic nec *d. l. si Stichum 8. §. 1. de novationib.* illud probat, quod Faber intendit: *si legata vel fideicommissa*, inquit Ulpianus, *in stipulationem fuerint deducta, & hoc actum* (diserte & revera) *ut novetur, fiet novatio, &c.* Nec elevat, quod per πρόληψιν objecto subjungit, cũ illud nitatur iniqua veteris juris relatione & incongrua *d. l. fin. C. de novationibus* accommodatione, *ut supra videre est.* Imò si hæc natura & propria forma harum stipulationum esset, qua differrent à judicialibus & à cæteris prætoriis & conventionalibus, stultè feciſſet] Ctus, qui *in d. l. 8. §. 1. d. l. 21. de novationibus*, & passim aliis locis, tam sollicitè adjeciſſet, *tum novationem fieri, si hoc actum esset:* Quid opus est hoc agi, quod ex natura rei pro cauto habetur? quid nota distinctionis opus est, ubi nihil est, quod distinguatur? sic malè huc accommodat *dict. leg. dotem 30. de jur. dot.* ubi hoc saltem docetur, *dotem prioris matrimonii in secundo repetitam non intelligi, nisi hoc actum sit: semper autem actum intelligi, si non sit contrarium*, hoc est, id, ut non veniat, *actum?* Quid hoc commune habet cum novatione? *Quasi* quidem *novatio* videri potest: sed admodum durè, ut & in *l. singularia. si cert. petat.* Et quamvis esset, quid tum postea? Etenim non ex natura dotis, non ex natura ipsius negotii, hæc interpretatio fieret, sed quod præsumendum, noluisse mulierem in illud redire matrimoniũ indotatam, *l. divus 40. de jure dot.* An putas eandem præsumptionem in his quoque stipulationibus locum habere? an eandem præsumendi rationem? Minimè: cùm illud stipulatores intendant, ut pluribus sibi actionibus ac meliùs cautum sit: ex quo etiam nomen habent. † Ad tertium venio; & hoc 267

ausim dicere, *dict. l. si pupillus 9. de novat.* evertere Fabri sententiam: sic enim ait Ulpianus: *Si pupillus sine tutoris autoritate rem salvam fore stipulatus, pubes factus ratam stipulationem habuerit novandi causa, tollitur tutelæ actio: si non habuerit ratum, licet tutelæ egisset, tamen adhuc ex stipulatu actionem* (habere scil.) *sed judex tutelæ non aliter condemnare debet, quàm si ex stipulatione liberatio fieret.* Ergo si non animo novandi contrahatur, aut contracta rata habeatur hæc stipulatio, non novat, neq; perimit actionem tutelæ; & planè nihil pro Fabro facit. Nec dicas à pupillo contractam sine tutore infirmam fuisse, quò ad novandum, *per l. novare 20. ff. de novat.* Imò vero & pupillus rectè sibi stipulatur, *d. l. si pupillus 9.* Et si *rem pupilli salvam fore?* ideo esset prætoria cautionalis, quia novaret tutelæ actionem, sine tutoris autoritate contrahere nõ potuisset, nec contracta vim ullam haberet, quia forma sua care-
268 ret.† Quartum negatur *per d. l. ex empto 11. §. qui autem. vers. sive stipulatio.* convinci posse. Imò verò Ulpia. *in d. l. ex empto. §. idem lib. 2.* optionem dat, *utrum ex empto vel ex stipulatione duplæ agere malit:* eandem optionem dat *in l. sed et si 18. ff. de eviction.* & consentit Paulus *in l. 4. ff. de actionib. empt.* Nec alia Juliani sententia fuit *in d. l. ex empto. §. Cassius ait.* Nam Cassius hoc dicebat, *qui ex duplæ stipulatione egit & obtinuit, amplius ex empto non aget:* & meritò: Bona fides non patitur ut idem bis, diversis licet actionibus, exigatur. *l. bona fides. ff. de reg. jur.* Et qui duplam stipulatus, censetur omniũ illarũ rerũ, quas ex empto habere potuisset, vice stipulat⁹. Additur ex Juliano: *deficiente dupla ex empto agendum.* Quia horum verborum sensus, Antonio Fabro interprete, id sonant; *deficiente*, hoc est, non cõtracta duplę stipulatione, tũ agi posse ex empto, qa

nova-

novatio non sit: non autem si stipulatio duplę sit interposita, quia novasset ex empto actionem. Mihi contrà *per d. l. 4. de actionib. empt* hic sensus esse videtur: *deficiente duplâ*, hoc est, non soluta, vel non exacta, aut si ex duplæ stipulatione agens succumbat; ex empto adhuc agi posse: exactione enim non petitione una actio tollit alteram de eadem re, maximè ex diversis causis, competentem, *l. cùm ex uno 32. l. quotiens 41. §. 1. ff. de action. & obliga.* Ad quintum respõdetur, ex illa lege non probari novationem, sed hoc saltem, stipulationem illam committi, ut ex ea agi possit, quam primùm heres promissor deficiente cõditione institutiõnis, petitione hereditatis compulsus hereditatem non restituit: Estq; illa cautio & *de restituendo, & de non deminuendo* simul. Nec rectè restituet, nisi integrã dederit. *l. plus est. l. restituere. ff. de verb. signif.* † Aliud autem est stipulationem committi, a- 269
liud novari priorem obligationem per stipulationẽ: neque omnis stipulationis commissio inducit novationem, ne quidem pœnalis, *ut supra concluſ. 7. & 8. vidimus.* † Ad sextum respondetur negando: Nam *da-* 270
mni infecti stipulatio nullam aliam præsupponit vel obligationem, vel actionem: timor enim futuri damni neq; vinculum habet, neq; actionem: & planè instar actionis pro tribunali petitur, & instar actionis efficit, ut ista in factum actio detur, ac si revera decreta, nec culpa adversarii præstita esset, *d. l. actionis 37. ff. de act. & oblig. l. si finita. §. ult. ff. de damn. infect. d. l. si fistule 18. Plinius lib. 36. natur. hist. cap. 2. Cujac. ad d. l. 5. h. tit.* Deinde *in d. l. si fistula.* actio in factũ & stipulatio *dãni infecti*, nõ ut se invicẽ novantes & consumentes causæ, sed ut distincta remedia considerantur, quorũ alterutro uti fas est: potest. n. in factum agi, potest etiã

de damno cautio exigi: utrum malit, permittitur: imò etiam utrumque, ut & de damno dato in factū agatur, & de adhuc imminēte caveatur, *d.l.si fistulæ 18. in fin.* Nihil hoc ad novationem, *per d.l. 1. ff. de nova.*

271 † Ad septimum respondeo: Hoc juris esse, ut si procurator exigat ab aliquo rem debitam, vel indebitam, semper indebiti condictionem adversus procuratorem locum habere, si dominus ratum non habeat; & quidem tantùm: si verò dominus ratum habeat, debitor à vero creditore liberatur, & cessat condictio adversus procuratorem: indebitum solvens poterit, si malit, cum domino agere, *l. si procurator 6. §. 1. §. 2. ff. de condict. indeb.* Itaque si solvens interponat stipulationem *rem ratam haberi?* non solùm condictione, sed & ex stipulatu obligatum habet procuratorem, si ea committatur, h.e. ratum dominus non habeat. Atquin in illa facti specie *d.l. ultim. §. ultim.* procurator Titii à Sejo, qui tempore liberari poterat, exegit debitum, eique promisit *rem ratam Titium habiturum:* Titius autem ratum non habet, dum adhuc debitum est, sed postea, cùm jam sit indebitum: quæritur, an commissa sit stipulatio, ut, si malit, ex ea agere queat stipulator Sejus cum procuratore Titii? an verò agere debeat cum ipso Titio ratum habente? Quoniam eventus docet, quòd procuratori huic sit indebitum solutum, & stipulatio vice condictionis est; cùm itaque indebiti condictione posset teneri procurator; non impedietur Sejus, si malit, ex stipulatione experiri. Non ergo hæc sententia est *d.l. fin. §. fin. in vers. quod si nulla stipulatio:* ac si nunc saltem cum procuratore agere queat ex stipulatione interposita, non etiam condictione indebiti; quam solam fuisset habiturus, si stipulatio

tio non interceſſiſſet: ſed hoc argumento probat, poſſe debitorem, ſi ita malit, omiſſo creditore Titio, cum procuratore agere: quia etiamſi ſtipulationem illam nō interpoſuiſſet, tamen haberet adverſus procuratorem condictionem: Stipulatio autem vice & in locum condictionis interponitur, ut quēadmodum, & quoties illa competit, etiam ex ſtipulatu agere liceat: ergo & hoc caſu agere poteſt ex ſtipulatione. Non equidem omne quod in locum alicujus rei interponitur, eſt novatio; non omnis ſtipulatio, quæ in locum & vicē alicujus rei vel pacti aut actionis intercedit, inducit novationem: alioquin novationem efficeret omnis alia ſtipulatio, *rem ratam haberi?* per *leg. non ſolùm 20. rem ratam haberi.* & omnis propè conventionalis. Poſtremum eadem levitate deſtruitur, qua adſtruitur: nullo enim textu hoc probat, nec probare poteſt: Sine lege autem loqui erubeſcimus, *l. illam. verſ. eo quod nulla. C. de collat. §. ſi conſideremus. Novell. 18. de trien. & ſemiſ. Faſ. ad l. præſes. nu. 3. C. de transact.* cùm paria ſint facere & aſſerere quid contra legem & ſine lege, *Bald. ad cap. in Geneſ. extra de elect. colum. ultim. Faſ. d. num. 3.* Imò ut pluribus actionibus uſufructuarium habeat obſtrictum proprietarius; cautio illa exigitur: quod & in cæteris cautionalibus verum eſt. Quòd ſi ergo ſecuritatis majoris cauſa, ſi ut magis cautū ſit, prætoriæ iſtæ ſtipulationes inventæ & proditæ; non jure fit, quòd illis vis novandi & perimendi tribuitur, præter voluntatem contrahentium, prætoriſq; ſententiam. Sic enim minus cautum foret, nec finē ſuum aſſequerētur.† Quæ cùm ita ſint, non hæc Ant. Fabr. ſed Donel. Cuja. & aliorū ſuprà propoſita vincat ſententia; non à *novando*, ſed ut *nova* intercedat *actio*, deſcribi, & 272

appellari cautionales: easq; duplices esse: 1. aut cùm alia nulla sit prior actio, ob quam intercedant, instar actionis habeãt, & instar actionis pro tribunali petantur: 2. aut cùm alia sit actio ob quam intercedãt,
273 novæ actionis vice censeantur. † Instar igitur actionis, se habent stipulatio *de damno infecto, legatorum nomine, si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum*
274 *sit: de collatione facienda.* † Damnum infectum, est damnum nondum factum, quod futurum veremur, *l. 2. ff. de damn. infect. Paulus lib. 5. sent. tit. 10.* Si vicinæ ædes, vel quæ alię res ruinosæ nostris damnum minantur; possumus vicino denunciare de hoc damno infecto, ut ædes vel muros, aut parietes, vel alias res ruinosas tollat, vel reficiat, & interim de damno caveat.
275 *d. l. 2. l. eorum qui. §. 1. ff. de damn. infect. Paul. d. tit. 10.* † Equidem nulla obligatio ex timore futuri damni est; cùm neque delictum sit, vel quasi ruinosas habere ędes, neque etiam contractus, vel quasi: Nulla etiam in rem actio est, cùm res nõ sit denunciantis, sed vicini, cui denunciatur. Itaq; non, ut nova sit præter priorem obligationem actio hæc, intercedit cautio: sed ut aliqua fiat nova obligatio, ubi hactenus nulla fuit, nec est. Si verò damnum factum sit, huic cautioni non datur locus, sed actioni in factum ex quasi-delicto. *l. si fistula 18. de serv. urba. prædio.* Denunciatione factâ, si vicinus ultrò nõ caveat, adeundus est prætor, & pro tribunali hæc stipulatio, ut ab adversario subeatur, ex edicto postulanda, ac si nobis eo nomine competeret aliqua actio. Unde Plinius *d. c. 2. lib. 36. Satisdari sibi damni infecti egit redemptor cloacarũ,* inquit: & actio damni infecti appellatur *in l. 3. §. si vicinus. l. suprà. §. offic. ff. de aqua pluv. arcend.* Prætor causâ cognita decernit stipulationem, ut intra certum diẽ

rectè

rectè caveatur, modò is, qui postulat, adversario exigente juret priùs, se non animo calumniandi postulare. *l. 1. l. 4. §. postula. l. prætor 7. l. qui bona 13. §. qui damni. ff. de damn. infect. d. Lactionis 37. de action. & obligat.* Quamprimùm pro tribunali petita est, licet nondum decreta, vel exacta, ita obligat reum, ac si jam præstita esset; ideoq; si quid interim damni acciderit, de eo ex hac stipulatione agetur. *l. cùm postulassem. ubi Cujac. ad African. tract. 9. nihi fol. 604. ff. de damno infecto.* Si intra præfinitum à prætore tempus non caveat reus, causa contumaciæ cognita mittitur is, qui postulat in possessionem rei ruinosæ, ut custodiam ejus habeat. *dict. leg. 4. in princip. & §. 1. leg. si finita. §. ex hoc edicto. ff. de damn. infect.* Quòd si nec in possessionem à prætore missus admittatur, in factum cum eo, qui non admisit, agetur, ad id, quod interest. *leg. 4. §. 1. versic. an tamen. ff. de damn. infect.* Et fortasse etiam agere licebit actione in factum, de eo, qui non obtemperavit jus dicenti: extremum enim jurisdictionis hac in parte non fecit. *l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemp.* † Sic si cui plus, quàm per legem Falcidiam licet, legatum sit, illud beneficio legis deducitur. *§. 1. 2. 3. Instit. de leg. Falcid.* Sed interdum dubium est, an lex sit locum habitura, nécne: & ne legatarii diu expectare & re legata carere cogantur, interim donec de eo constet, prætor jubet caveri hoc nomine, ut si postea appareat legatario plus legatum solutumque esse, quàm per legem Falcidiam liceat, id restituat. *l. 1. & tot. titul. ff. si cui plus quàm per leg.* Hæc stipulatio instar actionis habet. Etenim, ut ita legatarius caveat, nulla alia urget actio; neque propter aliam priorem actionē, ut ea cautior sit, intercedit. Nulla n. talis heredi solventi competit, cū debitum solvat. 276

Igitur instar actionis & petitur & intercedit hæc sti-
277 pulatio. † Eadem ratio est stipulationis, quæ de conferendis bonis circa familiæ erciscundæ, vel petitionem bonorum possessionis hereditatisque occurrit, *de qua in l. i. §. jubet. ff. de collat. bon.* Prætor, cùm edicto suo ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesq; faciat eos bonorum paternorum cũ his, qui in potestate essent, justum credidit, ut hi emancipati sua quoq; bona cõferre & inferre cogerentur, quæ à manumissore patre tẽpore emancipationis & postea cõsecuti sunt, ita, ut si in potestate permansissent, non sibi, sed patri acquisivissent. *l. i. ff. de collat. bon.* Si itaq; hujus divisionis per impetratam bonorum possessionem particeps fieri velit, cavebit suis, cum quibus conjungi vult, se collaturum ista: alioquin actiones denegan-
278 tur. *d. l. i. §. jubet. cum seqq. l. 3. ff. de collatio.* † Ut nova sit actio, potissimùm hæ faciunt: *rem ratam haberi? rem pupilli salvam fore? duplæ ob evictionem? cautio usufructuaria; item cautio ex edicto ædilicio, de rebus morbosis & vitiosis venditis: cautio, quæ substituto facienda:* & si quæ ejus
279 generis aliæ. † Et certè de cautione substituto facienda de stipulatione ob evictionem paulò antè egimus. Cautio autem *rem ratam haberi?* præstat procurator, ut nova sit actio, præter priorem domino vel in dominum competentem: qua non promittit quidquam, de quo ipso vel dominus sit condemnatus, vel condemnandus, ut per judicis pronunciationem committatur: quod proprium est *prætoriarum judicialium*, ut præcedente concluſ. vidimus: sed id promittit, de quo priùs nullum judiciũ fuit, ut si ratum non habeatur à domino, sed rursum ab eodem agatur adversus eundem de eadem re,

tum

tum tandem committatur hęc stipulatio in id, quod interest. Hîc prior aliqua actio est, vel certè esse debet, propter quam *cautio de rato* exigitur, ut nova sit actio non per se, sed propter illam, quam procurator movet, vel quæ contra eum movetur. † Ex quo 280
manifestum est, hanc cautionem *Rem ratam haberi?* non esse prætoriam judicialem, ut Cujac. & quidam alii voluerunt, contendentes corruptam esse lectionem *d.l.1.ff.de præto.stipulat.in vers. cautionales:* quasi illa verba, *& rem ratam haberi*, malè in hunc ℣s. transposita, cùm in præcedentem *vers. judiciales*, essent rejicienda ac restituenda: ac si *rem ratam haberi* non sit prætoria cautionalis, sed judicialis, quia judicii confirmandi, & ut illud ratum sit, intercedat. In quam sententiam quoq; citant *§. fin. in fin. Inst. de divis. stipul.* ubi de rato stipulatio refertur inter communes, h.e. illas, quæ modò judicis officio, modò prætoris sive magistratus imperio exiguntur: ut ita *rem ratam haberi?* modò sit judicialis, modò prætoria stipulatio. Sed falluntur: nec propitiis auribus hos audiendos esse, Anton. Fab. rectè asseruit *d.c.1.lib.3.conject.* Etenim definitio judicialium prętoriarum in hanc, *rem ratā haberi?* non cadit, ut ex cōcl. præcedente notum est: neq; hoc intendit, ut judicium ratum sit, uti *judicatum solvi?* quin potiùs, ut sibi stipulator consulat in eum casum, quo judicium irritum constituetur, ob deficientem domini ratihabitionem. Unde etiam non tantùm committitur hæc stipulatio in id, quod stipulatoris interest, ratam rem haberi: sed & in id, quod ipsius interest, à falso procuratore deceptum eum non esse. *l.si procurator.l.8.vers.quod damnatus solvit.ff.rem rat.haberi.* † Neq; solùm judicii, sed & 281
solutionis quādoq; causa exigitur. *l.si indeb.16.l.si fine.*

l.ultim.§.ult.ff.rem rat.haberi. Quibus diligenter perſpectis, facilè infirmitas argumenti primi apparet: nititur enim falſa hypotheſi, quia non intercedit hæc ſtipulatio, ut vi ſua confirmet judicium, idq; ratum faciat, ſicuti facit *judicatũ ſolvi?* ſed ut curet promiſſor, ratum haberi, & ſi ratum non habeatur, cõmittatur ſtipulatio, quanti intereſt. *§.1.2.3.4. Inſtit. de ſatisda. l.1.l.2.l.4.l.5.l.8.l.ſi commiſſa 13.l.ſeq.l.amplius.l.cum*
282 *debitore 17.l.ſeq.l.procurator 23. ff. rem rat. haberi.* †Neq; idem ſignificant illa verba, *ut ratum fiat.in d.l.1.ver. judicialis*, quod hæc verba, *& ratam rem haberi? in ver. cautionales.* Sunt illa, *ut ratum fiat*, pars definitionis, *in dict. verſ. judiciales.* quæ judicialibus prætoriis tribuitur *in d.l.1.* Illa autem verba *rem ratam haberi?* ſunt nomen & deſcriptio illius formulæ prætoriæ; quæ dicitur, *rem ratam haberi?* & exempli vice ponuntur. Caret etiam hæc correctio juſta exemplarium fide. Sic & alterum argumentum falſa nititur interpretatione. *§. fi. Inſtit. de diviſ. ſtipula.* quia non de omni eo loci ſtipulatione *rem ratam haberi?* agitur, ſed quam tutor præ-
283 ſtat. Atq; hæc de ſtipulatione *rem ratam haberi?* †Porrò, *rem pupilli ſalvam fore?* & pupillus à ſuis tutoribus rectè ſtipulatur, & ipſi inter ſe tutores, quando autore magiſtratu aut dividitur adminiſtratio; aut uni altero offerente ea injungitur. *tit. Inſt. de ſatisd. tuto. l.1. l.2.l.3.l.4.l.6.l.7.l.8.l.9.l.11.ff. rem pupilli ſalvam fore.* Hæc ſanè intercedit propter aliam, nempe tutelæ & negotii geſti actionem: & id continet, quanti intereſt. Nam ſi id, quod ex tutelæ adminiſtrationisque cauſa apud promiſſorem fuerit, non detur, nec id omne præſtiterit, neq; fecerit, quod ex bona fide & naturâ actionis tutelæ negotiiq; geſti præſtare & fieri oportet, committetur finitâ tutelâ vel curâ ſtipulatio

in id,

in id, quod interest, rem pupilli vel adulescentis non salvã præstari. *Inst. de satisd. tut. l. 4. §. hanc stipulat. §. seq. l. cùm rem 11. l. fin. ff. rem pupil. salvam fore.* † Neq; verò 284
priùs committi potest, quàm agi queat tutelæ actione. *d. l. 1. l. 4. §. hanc stipulat. ff. rem pupil. salv. for.* cujus gratiâ est interposita: cùm priusquam ea agi queat, non constet, an rem salvam præstiterit nécne tutor, qui salvam eam rem promisit, *per d. l. pen. ff. rem pupil. salv. for.* Et nisi committatur, actionem non producit. Igitur nec illud mirum est, ex iis tantũ causis, ex quib. tutelæ agi potest, posse etiam agi ex stipulatu *rem salvam fore. d. l. 4. §. generaliter.* quia in his tantummodò committitur. † Nec rursum negotium facessit *d. §.* 285
fin. Instit. de divis. stipul. & d. l. 5. h. t. ubi, *rem pupilli salvam fore?* inter communes refertur stipulationes, quæ modò judiciales, modò communes. Sed repetendũ est, quod suprà dixi, non omnem eo loci intelligi *rẽ pupilli salvã fore?* sed aliquo speciali casu: de quo postea. † Sed & ædiliciæ stipulationes huc spectant, *ut in* 286
dict. leg. 5. & §. prætoriæ. Instit. de divis. stipulat. expressum est. Ædiles autem jubent, ut venditores certiores faciant emptores, quid morbi vitiive sit, noxâve solutus sit, servus jumentúmve, *l. 1. l. ædiles ajunt. ff. de ædil. edict.* Et hoc ita jubent, ut eo nomine promittant judiciũ ex empto redhibitorium: item, si quid dictum promissúmve sit, illud præstetur. *leg. sciendum 19. ff. eodem.* Quòd si eo nomine malit sibi caveri emptor, ædiles cogunt venditorem de vitiis cujusque rei morbísve postulanti cavere: & nisi caveat, denegant actionem venditi, vel judicium redhibitorium dictant. *Donell. cap. 2. de ædilic. edict. & in d. l. 5. num. 15. hoc tit. per l. itaque. l. si venditor. ff. de ædilic. edict. l. si ita quis. l. quia dicitur. ff. de evict.* Huc ergo spectãt illæ stipulationes: *furtis noxisq;*

solutum esse? servum fugitivum non esse? erronem non esse? rem morbosam non esse? vitiosam non esse? l fugitivus 225.

287 *l.hæc stipulatio 200.l. aliud est 174.de verbor.signific.*† Cautionem quoque usufructuariam, esse prætoriam, & propter aliam actionem, ut nova sit, intercedere, suprà meminimus, & cõfirmatur *l.1.l.3.l. huic 5.l. si tibi 8.l.seq.§.1.ff.usufruct.quemad.cave.* Quòd si non caveat, denegatur usufructuario actio, *d.l.1.d.l.9. §.1.ff.usufru.*

288 *quemadmo.cave.* aut vindicatur fundus. *leg.7. eod.* † At objecerit aliquis *l. si cujus 13. ff.de usufruct.* ubi Ulpian. *Si cujus rei*, inquit, *ususfructus legatus erit, dominus potest in eare satisdationem desiderare, ut officio judicis hoc fiat: nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita & proprietatis dominus securus esse de proprietate.* Videtur igitur non officio prætoris, sed judicis dari, nec ita ex genere prætoriarum esse. Sed cùm ex §. proximè sequente appareat, hanc satisdationem, de qua Ulpianus initio jam recitata verba facit, ita exigi, ut si fructuarius nolit satisdare, denegentur ei actiones; quod solius est magistratus seu prætoris, non judicis dati: facilè liquet, hîc per judicem intelligi magistratum, & judicem, qui cum imperio jus dicit; non judicem datum, vel qui condemnando absolvendoq; post litis contestationem procedit: & per consequens hanc stipula-

289 tionem prætoriam esse, eo loci non negari. † Hujus etiam generis est, illa stipulatio, quæ inter duos fructuarios de possessione ususfructus contendentes, prætore autore, intercedit: quia nisi pareant & caveant eo modo, à contumace transfert possessionem. *d.l.si cuju 13. §. sed si inter duos (in quibusdam est l. aquissimum 17.) ff. de usufruct.* Igitur & illam satisdationem, cujus fit mentio *in l.uni.C.uti posside.* prætoriam, & quidem cautionalem arbitror, *per illum text. & qua*

Baro

in manual. tit. uti poſſide. & Gail. obſerv. 116. lib. 1. & c. 2. lib. 1. de pace public. Niſi enim poſſeſſor victus caveat de non ampliùs turbando, & conſervanda re illæſa, donec cauſa proprietatis cognita fuerit, transfertur in adverſarium ab eo poſſeſſio, *argum. leg. 5. de petit. heredit. Paul. lib. 1. ſenten. titul. 11. Cujac. ibid. leg. 6. §. final. de Carbonia. edict.* Nam & illa ſatisdatio, de qua ibidem agitur, ejusdem generis eſt, ut niſi præſtetur, contumacia poſſeſſoris translatione poſſeſſionis in adverſarium cavere paratum coërceatur, *dict. leg. de bonis 6. §. fin. de Carbon. edict. dict. leg. 5. Paul. d. titul. 11.* † De Muciana cautione hîc quæri poteſt, 290
an ſit prætoria? Et nõ eſſe, ex eo videtur, quia JCtus Mucius Scævola, non prætor eam introduxit, *l. Mucianæ 7. l. heres 79. §. qui poſt. ff. de condition. & demonſt. Stephan. Forcat. dialog. 94. Necyoma.* & neminem cogit eam interponere. Contrà vero prætoriam eſſe & quidem cautionalem, ex eo colligi videtur: tum quòd recepta jure dicitur, & defendi juris autoritate, *ut l. cùm filius 76. §. Muciana. de leg. 2. dict. leg. Mucianæ 7. l. is cui 18. l. cùm ſub hac 67. l. cùm tale 72. l. ſeq. dict. leg. avia 77. §. Muciana. l. heres 79. §. qui poſt. l. pater 10. §. ſocrus. ff. de conditio. & demonſtrat.* tum quòd hactenus ex teſtamento actio denegatur, donec hæc cautio præſtetur; eâ verò præſtitâ ex teſtamento experiri liceat *dd. legib.* Nec impedimento eſt, quòd à Mucio JCto nomen habet: aut enim prætor eam introduxit, uti Aquilius Gallus formulam de dolo malo, *Cicerone autore lib. 3. Officio.* & Publius actionem Publicianam, & Servius Servianam, *gloſſ. in dict. leg Mucianæ 7. ff. de condit. & demonſtr.* aut à Mucio conſilium dante prætor accepit, ſuaq; jurisdictione confirmavit. † An etiam 291
in contractibus locus ſit huic cautioni Mucianæ,

quæsitum est? *Sanè Guilhel.de Cune.ad leg.dedi.ff. de condict.causf.dat.per §.si quis stipuletur.Instit. de inutil. stipulat.* affirmat. At *Bartol.& Jas.num.21.ad leg. sive apud.C. de transact.& Bart in l.5.§.quod si faciam.ff.de præscript. verb.* distinguunt inter contractus stricti juris & bonæ fidei;quasi in his,non etiam in illis locum sortiatur. Sed neutra opinio recepta est, & ipse Bartol.alibi ab ea recedit,communiq; suffragio placuit locum non esse in contractibus, *ut latè post gloss. in dict. l. Muciana 7.*ostendunt *Interpp.ad dict.l.sive apud. Cod. de transactio. Stephan.Forcatul dialog.94.Necyoman.* Cujus differentiæ rationes plures *Jason in dict.leg.sive apud.à num.16.& deinceps*: præcipuam verò *Anton.Fab.conject.lib. 2.capit. 16.*assignat. Nam si in ultimis voluntatibus conditionis eventus expectaretur, fieret, ut quamvis existeret conditio, suprema tamen defuncti voluntas intercideret, neque hereditas heredi, neq; legatum legatario acquireretur. Siquidem Muciana cautio versatur circa negativas conditiones, quæ non aliter, quàm in ipso moris instanti aculeo implentur, & existunt. Unde neq; ipse unquam consecutus esset, neque ad heredes suos transmitteret. Quod secus est in contractibus; cùm eos ad heredes transmittamus, tametsi conditio adhuc sit in pendenti: olim quidem cum distinctione, hodie verò indistinctè, *ut infrà suo loco ex l.unic.C. ut ab hered. & in hered. l.ususfructus 26.ff.de servo. stipulat.*

XX. CONCLUSIO.

292 *Communes † prætoriæ stipulationes sunt, quæ & judicii firmandi causa, & ,ut nova sit actio,cautionis vice intercedunt: &*, ut Ulpian. ait, *quæ fiunt † judicio sistendi causa.*

l.1.vers.

l. 1. verſic. communes. ff. de prætо. ſtipula. Etenim his cautionibus hoc intendimus, & ut judicium accipiatur, & ut de eo ſecuriores, ac cautione majore tuti ſimus, quòd petituri. Si enim judicio ſe non ſiſtat promiſſor, ſtipulatio committitur, quanti intereſt, ea die in jus ventum non eſſe. *l. etſi poſt. l. pen. ff. ſi quis cautio. judic. ſiſtend. cauſ. l. fin. ff. ſi quis in jus voca. non ier. tit. ff. in jus voca. ut eant aut ſatisd.* Quòd ſi reus in jus vocatus non caveat, nec ſatisdato promittat, judicio ſiſti, in jus ducitur trahiturque. *tit. in jus voc. ut eant. Dn. Vultej lib. 1. diſp. cap. 1.* & ſi dolo eximatur, actione in factum, quanti ea res eſt, agitur. *l. 1. tot. tit. ff. ne quis eum, qui in jus vocā.* † Imò ex quacunque cauſa ad prætorem, vel alium, qui jurisdictioni præeſt, vocatus in jus venire debet, ut hoc ſciatur, an jurisdictio ejus ſit. *l. 2. ff. ſi quis in jus voc. l. 5. ff. de jud.* & ſi in jus vocatus nō ierit, neq; ſatisdederit, ex cauſa poteſt mulcta indici. *d. l. 2. ff. ſi quis in jus voc. non ier.* Quin etſi latitet, poteſt miſſio in poſſeſſionem bonorum decerni: ſi enim decernere eam licet tum, quando fidejuſſorē judicio ſiſtendi cauſa dedit, & latitat; quantò magis, ſi nolit dare, neque judicio ſiſti: *l. 2. l. Fulcinius 7. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. ea. cap. 1. de for. compe. 6.* ſed etſi ex noxali cauſa agatur, caveri debet exhiberi judicio ſiſti in eadem cauſa, donec judicium accipiatur. *l. 1. l. penult. & ultim. ff. ſi ex noxal. cauſ. agat.* Niſi enim caveatur, aut ducitur ſervus, ſi præſens eſt, aut ſi abſens ſervus, cogitur dominus prætoris officio cavere ſe exhibiturum, quàm primùm poterit vel judicium accipere. Quinimò ſi uſufructuarius ſit, cum quo noxali judicio agetur, isque ſervum non defendat, neque caveat, denegetur ei per prætorem uſusfructus perſecutio. *l. 3. ff. ſi ex noxal. cauſ. agat.* 293

XXI. CONCLUSIO.

294 P*Rætoriarum† ſtipulationum quædam ſunt, quæ ſatisdationem èxigunt; quædam tantùm nudam repromiſſionem habent.*

l. 1. §. ſtipulationum. ff. de prætor. ſtipulat. Sed earum, quæ repromiſſioni acquieſcunt, perpaucæ ſunt: reliquæ omnes ſatisdationem poſtulant. *d. l. 1. §. ſtipulationum.* Unde *in l. 3. ff. de prætor. ſtipulat.* Ulpianus: *Generaliter*, ait, *in omnibus prætoriis ſtipulationibus & procu-*
295 *ratoriis ſatisdatur.* † Igitur enumeratis iis, quæ repromiſſionem tantùm habent, facilè intelligemus, quæ ſatisdationem requirant. Primò itaque ſtipulatio *ex novi operis nunciatione* repromiſſionem habet, non quidem ſemper, ſèd tum, quando in publico opus novum nunciatur ei, qui ſuo nomine, non alieno cavet. Nam ſi alieno nomine cavere velit, ſatisdare debet. Quòd ſi in privato nunciatum ſit, ſatisdatione opus eſſe dicitur *in dict. l. 1. §. ſtipulationum. ff. de prætor. ſtipulat. l. non ſolùm. §. ſi cùm poſſem. ff. de oper. novi nunc. gloſſ. ad leg. 5. §. ſi is cui. verſic. repromiſerit ve. eod. l. hæc autem. §. fin. ff. quibus ex cauſ. in poſſeſſio.* & quod dicitur *in leg. prætor 20. §. proinde. ff. de novi oper. nunc.* Si ſatisdatum non eſt, ſed repromiſſum, interdicto quovis fieri prohibetur ædificatori caventi, vel cavere parato, locum non eſſe: neque enim permittendum in publico ædificare priùs, quàm appareat quo jure quis ædificet: ita accipi ex Caſtrenſi ſententia oportet, ut procedat, quando in publico nunciatum eſt, non publici, ſed privati damni cauſa. Nam tum eadem eſt ratio, cur aliter nunciatio miſſa fieri non debeat, quàm ſi in privato nunciatũ
296 foret. † Secunda ſtipulatio prætoria eſt, quæ repromiſ-

missionem habet, *duplæ stipulatio*, nisi lex contractus ea sit, ut satisdetur, hoc est, nisi hoc nominatim pacto actum sit, *d.l.1.§.penult.ff.de prætor. stipulat.l.4.ff.de eviction.* aut mos regionis exigat. *l.6.ff.de eviction.l.semper in stipulationibus.ff.de reg.jur.* † Tertiò *damni infecti* 297
stipulatio modò habet repromissionem, modò satisdationem. *d.l.1.§.penult.* Alieno quippe nomine satisdari oportet, suo nomine caventi sufficit repromissio. *leg. prætor 7.de damn. infect.* † Plures Ulpianus 298
non enumerat *in d.l.1.* repromissionem habentes. Et certè cæteræ omnes regulariter satisdationem postulant, & quidem eam quæ fit datis nō pignoribus, sed fidejussoribus. *l.1.ff.qui satisdar. cogun.* Illud enim disertè expressit Ulpianus *in l. prætoriæ 7.ff.de prætor. stipulat.* dum negat pignoribus vel auri, argenti, pecuniæve depositione in vicem satisdationis, quæ personis fiet, fungi: nisi fortasse ultrò consentiat prætor, & is, cui cavere oportet, *l.1.§.jubet.ff.de collat.bon. l.61.cum ibi not.ff.de verb.signif. l.52.h.tit.* † Nèc ad rem 299
facit, plus cautionis in re esse, quàm in personis. *leg. plus cautionis 25.ff.de regul.jur.* & melius esse pignori incumbere, quàm in personam agere. *l.1.§.1.ff.de superficieb.* Etenim illa regula locum habet, quoties convenit de pignore dando, & aliis quibusdam casibus. Alio verò intuitu melius & tutius est fidejussorem habere, quàm pignus persequi: tum quòd ex pignoris contractu obligatur creditor de custodiâ & diligentiâ: tum quòd multis casibus pignus perire possit. Deinde prætoriæ satisdationes talem à prætore formam acceperunt, quam cujusque privati arbitrio mutare non licet. Etsi itaque illi regulæ locus esse possit in aliis casibus, non tamen in prętoriis stipulationibus. Plura *ad d.l. plus cautionis.* Itaque qui in

jus vocatus *judicio sisti* satisdat; fidejussores dabit, *d.l. 1.l.2. tot.titul. ff. qui satisda. cogun.* verùm ita demum, si immobilia eo loci non possideat, *l. sciendum. ff. qui satisda. cog.* & fidejussores inveniat: alioquin suæ promissioni permittitur: illo casu, simplici; hoc, juratæ,
300 *d.l. sciendum. l. fin. ubi Dd. ff. qui satisda. cogun.* † Sic etiam de legatis satisdandum est reis, h. e. fidejussoribus. *l.1. & tot.titul. ff. ut legat. & fideicommi. nom. cave.* Item si cui plus, quàm per legem Falcidiam licet, legatum sit. *l.1. & tot.tit. ff. si cui plus quàm per leg. Falcid.* Idem de
301 cæteris judicium esto. † In omnibus quippe prætoriis stipulationibus idem jus obtinet, nisi, ubi quid specialiter à prætore decretum mutatúmve est, *per l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. hic tractatus. l. insulam 124. h.t.* Quid autem uspiam mutatum fuerit, passim est admonẽdum: nec illa hîc aptè omnia referri queunt. Atque hæc hactenus de prætoriis. Ad Pomponium redimus.

XXII. CONCLUSIO.

302 *Communes† stipulationes honorariæ sunt, quæ modò judicis, modò prætoris officio exigũtur.*

Cujac. & Donell. num. 19. 20. & seqq. ad l. 5. h.t. & ut Pompon. in d.l. 5. & Justin. in §. fin. Inst. de divis. stipulat. ait: *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo: Nam & prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum judex, si aliter*
303 *hac res expediri non potest: & de rato.* † Prætor jubet imperando; judex judicando, hoc est, condemnando, vel absolvendo. Equidem *rem pupilli salvam fore? & rẽ ratam haberi?* natura & origine sua sunt prætoriæ stipulationes, ut ex præcedentibus liquidum est. Ideoque non mirum, quòd frequentiùs officio prætorio exigun-

exiguntur, sed aliquo casu in eam causam incidunt, ut judex etiam datus officio actionis eas exigat, & nisi exigat, non possit negotium expedire. *d. §. fin. Instit. de divis. stipulat. d. l. 5. h. tit.* † Igitur his casibus cùm 304
mixtam causam assumant, meritò *communes* appellantur: non quòd & prætorio & judicantis officio simul exigãtur (quod Theoph. voluisse videtur, dum *in tit. de divis. stipulat.* hæc Justiniani verba: *aliæ communes tam prætoriæ, quàm judiciales*, ita interpretatus est: *& aliæ communes*, h. e. prætoriæ simul & judiciales) sed cùm prætoriæ sint, tamen aliquo casu non magistratus, sed judicis actioni inserviente officio etiam exigantur. Idque inprimis suadet Justiniani & Pomponii phrasis, necnon contrarietas officii magistratus ac judicis. Non enim coërcitio, & imperium condemnando absolvendoque ab instantia expeditur, sed decernendo exequendoq; : *l. 1. l. 3. l. 4. l. ult. ff. de offic. ejus cui mand. l. 1. l. 4. l. 5. l. quod jussit. l. à Divo. l. judex. l. Paulus. ff. de re judica. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. eum qui. l. solet. ff. de jurisd. om. jud.* † Qui autem illi casus sint, inter Interpp. 305
non omnino convenit. Verius autem est, vix plures quàm tres inveniri posse: unum in stipulatione, *Rem pupilli salvam fore?* alterum in stipulatione, *rem ratam haberi?* & hi duo casus *in dict. leg. 5. & d. §. fin.* exprimuntur: tertium verò in *duplæ stipulatione.* † Sed circa has 306
omnes difficultatem facit, quòd *in dict. l. 1. ff. de prætor. stipula.* hæ inter merè prætorias referuntur, & *cautionales* censentur; ut in præcedẽtibus *concluſ.* modò diximus. Atquin & Justin. & Pompo. diversam à prætoriis & judicialibus speciem faciunt communiũ harum honorariarum stipulationum. Non igitur possunt videri in hanc tertiam speciem transire, cùm id recta ratio specierũ nõ patiatur, ut quæ inter se sunt

307 contrariæ & ita oppositæ. † Deinde Theophilus §. *fin. tit. Instit. de divis. stipula.* declaraturus, quomodo *rem pupilli salvam fore?* & *rem ratam haberi?* sint prætoriæ & judiciales: hoc ita agere videtur, ut nihil aliud probet, quàm eam mero prætoris officio injungi, denegando videlicet actionem. Actionem autem denegare, quin imperii sit & magistratus, non judicis dati, vel tantùm judicantis; in tantum, ut tametsi judex datus incidenter hoc imperio uteretur, *juxta l. 2. de jurisdict. omn. jud. & l. ult. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* non tamen officio judicis actioni inserviente, sed mandatâ magistratus jurisdictione atque impe-

308 rio usus diceretur, *per d. l. 2. d. l. ult.* † Itaque non immeritò Donell. docuit, *ad d. l. 5. num. 20. & seqq. h. titul.* hanc Theophili declarationem propè omnes in er-

309 rorem protraxisse. † Rursum *stipulationem duplæ* non communem, sed solummodò judicialem esse, ex eo argui videtur, quòd mero judicis officio exigi dicitur, condemnando scilic. vel absolvendo. *in l. 2. ff. de evict. l. si quis à multis. in fin. ff. de nox. act. l. heredes. §. penult. ff. famil. erciscund. leg. item quamvis. §. ult. ff. com. divid.* Imò petitur actione ex empto. *l. quòd si nolit. §. quia assiduæ. ff. de ædilic. edict.* Ubi verò quid jure actionis petitur, illud non officio prætoris, sed judicis mero expeditur absolvendo vel condemnando. *l. 6. in fin. ff. de negot. gest. §. 1. 2. 3. & c. Instit. ut de offic. judic. l. 1. l. 4. l. 5. l. judex. ff. de*

310 *re judic. d. l. 2. ff. de eviction.* † Cæterùm ita statuendum est, eas tres stipulationes naturâ & origine suâ esse prætorias, ac mero prætoris officio expediri: sed aliquo casu per accidens fieri judiciales, ut à judice, etiam dato expediantur mero judicis tantùm cognoscentis & pronunciantis officio. Et quidem duas priores natura sua ac propriè prætorias esse, *ex d. l. 5. d.*

§. præ-

§. prætoriæ. Instit. de divis. stipulat. dict. leg. 1. ff. de præto. stipul. l. 2. ff. si quis in jus vocat. non ier. titul. ff. in jus vocat. ut eant, aut satisdent. l. 1. ff. si ex noxali causa agat. tot. tit. ff. rem pupilli salv. for. §. 1. 2. Instit. de satisdat. tutor. elicitur. Nam munus est prætorum & magistratuum, ut jure suo, eoque publico, pro sua jurisdictione, hoc est, imperio ac potestate jubeant caveri per tutores & curatores, *Rem pupilli & adolescentis fore salvam. tit. Institut. de satisdat. tutor. l. 1. §. si præses. vers. planè. §. sciendum. §. exigere. de magistrat. convenien.* Et nisi tutores ac curatores jussi caveant; aut à tutela ac cura ut suspecti isti removentur, *l. si impuberi. §. 1. ff. de tutor. & curator. dat. ab his.* aut administratio denegatur, *§. sed si testamento. & ibi nota. Instit. de satisdat. tutor.* aut capitis pignoribus ad cavendum urgentur. *§. fin. vers. quibus. Instit. eod.* Neque dici potest, dum hoc satisdandi onus ita tutori ac curatori injungit magistratus, eum fungi officio judicis mero, cùm extra ordinem cogat. *leg. 1. de administ. tut. l. 1. §. ex hoc rescripto. ff. de ventre inspic. l. 4. ff. de jurisdict. omn. jud.* † Uno tandem casu potest etiam me- 311
ro judicis officio hæc exigi cautio, *Rem pupilli salvam fore?* nempe quando tutor, qui nondum satisdedit, aut de eo dubitatur, ultrò quid petat pupilli nomine; & accepto judicio reus conventus objiciat; Tu non satisdedisti, *Rem pupilli salvam fore*: igitur non rectè mecum agis. Hoc casu fit communis, *argument. l. vulgò observatur. de administra. tutor.* Etenim dubium non est, quin possit à magistratu postulari, ut extra ordinem cogat hunc tutorem cavere, *rem pupilli salvam fore*, cùm illud sit ex natura & proprio jure hujus stipulationis. Potest etiam judex causæ absolvendo ab instantia, vel condemnando in litis expensas jubere caveri, hoc est, ita injungere potest mero suo

notionem habentis officio, hanc satisdationem tutori vel curatori, interloquēdo, ut nisi caveat, se absoluturum reum, vel ipsum tutorem curatorémve
312 condemnaturum in expensas. † Nostri plerunq; ita pronuntiant: Jn sachen ꝛc. ist in puncto exceptionis non præstitæ satisdationis, von ampts wegen bescheid/ kan vnd wil klagender angegebener vormund der gebühr vnd wie recht / innerhalb monats frist gebürliche cautionem Rem pupilli salvam fore, auf die vormundschaft leisten/ vnd verbürgen/ sol solches gehört werden/ vnd er gelebe nun demselbigen also / oder nicht / sol nichts desto weniger auf des B. formliches anrufen ergehen vnd geschehen/ was recht ist/ von rechts wegen ꝛc. In puncto exceptionis circa tutelæ administrationem satisdationis non præstitæ decernimus, si prætensus tutor & actor intra mensem rem pupilli salvam fore satisdederit, audietur: sin minus, ad implorationem Rei, id fiet, quod juris est. Juris autem est, ut reus id postulãs absolvatur, & in expensas temerè litis motæ actor
313 cõdemnetur. † Itaq; Theophilus rectè docet, si hũc in modum lite jam suscepta de satisdatione excipiatur, judicialē ex hoc accidente fieri: at non rectè docet, si ante litem contestatam in jure hæc exceptio objiciatur tutori, tum eam esse communē, ut & magistratus in jure cognoscētis, & officio judicis possit decerni: si verò post litem contestatam opposita sit, tum fieri tantùm judicialem. Imò verò, priore casu semper est prætoria, cùm reus, qui ita excepit, nolit respõdere, neq; judicium suscipere, ipso Theophilo teste: neq; etiam ullum sit merum judicis (quod vulgò mercenarium dicunt) officium, quo possit ab instantia absolvere vel condemnare, priusquam lis contestetur. *leg. si post acceptum. de rei vend. l. ubi. l. non*

possit

potest videri. de judic. leg. vinum. ubi Bartol. Jason. Castrens. Donell. Zas. de reb. credit. si cert. peta. leg. amplius. rem ratam habere. l. propeciandum. per tot. Cod. de judic. l. lit is 36. cum ibi notat. de verbo. signific. & lite contestata, nihilominus potest judex datus ad prætorē referre; vel si ipse prętor judicet, potest pro officio sui magistratus jubere caveri denegata actione, vel captis pignoribus, aut mulctæ dictione: potest etiam procedere tanquam judex judicans absolvendo cōdemnandoque. Ideoque lite tantùm contestata potest fieri communis, quia & judicialis esse quit. *per dict. leg. vulgò observatur 23. de adminis. tuto.* † Ex quo illud quoque manife- 314
stum fit *in d. l. 5. hoc tit. & §. fin. Institut. de divis. stipulation.* illa verba, *Si aliter hæc res expediri non potest*, non de ipsa stipulatione, sed de re, hoc est, negotio in judicium deducto, cui exceptio non prestitę satisdationis objicitur, interpretanda: ut si illud negotium aliter nō possit expediri, quin satisdet tutor agens *rem pupilli salvam fore*, tum officio judicis mero, aut magistratus imperio, hæc cautio exigatur, & ita communis censeatur; ut eam alterutro modo expediri sufficiat. *per dict. leg. vulgò observatur 23.* † Neque tamen hanc 315
interpretationem amplectentes pro *hæc* legendum esse *huic*, arbitramur, ut Donell. *in dict. leg. 5. numero 25.* cōtra omnium exemplarium fidem voluit: Nulla enim necessitās est, nulla obscuritas in vocē *hæc*: & quamvis *huic* legeretur, tamen non plus juvaret interpretationem, nec argumentum suppeditaret contra alios de ipsa stipulatione verba *hæc res* interpretantes; cùm sic essent collecturi: si aliter expediri huic postulanti res, id est, hæc stipulatio &c. Imò firmius est contra istos hoc argumentum: Si illa verba *hæc res* de stipulatione *Rem pupilli salvam fore*, inter-

pretanda; idem de se ipso prædicaret ista stipulatio: & sensus esset, *judicialis est stipulatio, quando stipulatio aliter nequit expediri quàm ut judicialis sit*: & sic tautologi-
316 am haberet expositio. † Nunc de stipulatione *rem ratam haberi?* Hanc etiam communem ex accidente fieri arbitratur Theophilus, quoties lite contestatâ in judicio coram judice procuratori objiciatur: ac si tum etiam possit judex ad prætorem referre, aut ipse absolvendo condemnandóve injungere. Atque ita hanc parem habere conditionem cum stipulatione *rem pupilli salvam fore?* Sed in eo Theophilum sequi non oportet, ut Donell. rectè monuit. Siquidem quoties procuratori agenti objicitur: *Tu non cavisti de rato:* semper probandum est, hanc stipulationem es-
317 se prætoriam, etiamsi lis sit contestata. † Est enim exceptio procuratoria, dilatoria; & ante litem contestatam saltem opponenda. *leg. exigendi. ubi Jas. & alii. Cod. de procura. leg. exceptionem. C. de probat.* Ideoque si post litem contestatam objiciatur, aut frustrà & inutiliter illud fit: aut judicium susceptum retrò facit nullum, atque ita ostendit, judicis in hac causa nullum esse merum officium ut condemnando absolvendoque procedat. Nemo sanè alienæ rei defensor vel actor existit sine satisdatione: sed lite contestatâ frustrà eam desideramus à procuratore, cùm dominus litis factus sit per contestationem illam, *leg. Pomponius. §. ultimo. de procuratoribus. leg. neque 11. Lita denique 13. leg. procuratoribus 22. leg. sequent. Cod. eodem.* Quod si falsus sit procurator, qui mandatum se habere mentitus est, & de eo lite jam contestata vel etiam post conclusionem, imò lata etiam sententia excipiatur, tantum abest, ut tum hæc exceptio in judicio opponi videatur & judicialis hæc fiat cautio, quin acta omnia

mnia ipso jure nulla esse, nullum judicem, nullum judicium, potius doceat, *leg. prima. leg. licet. ubi Dd. Codic. de procuratoribus.* nisi ultrò & sua sponte hanc *de rato* cautionem admittat excipiens de falso procuratore. Sed tum non erit hæc prætoria, neque judicialis, neque communis, sed conventionalis, *per leg. interdum. & sequentes. ff. rem ratam haberi:* quia neutrum intercedit officium, & excipiens tantùm de jure suo aliquid remittit liberâ voluntate. Nullus igitur casus est, quo *Rem ratam haberi?* stipulatio possit communis censeri, si quæstio sit de procuratore alieno nomine agente. † At si tutor agat pupilli 318
nomine, casus esse potest, quo fiat communis. Tutor datus etsi nondum satisdedit *rem pupilli salvam fore,* verus tamen tutor est: cùm multis casibus necesse ei non sit, ita cavere: ut si ex inquisitione à majore magistratu vel testamento (quod tamen ex Politica ordinatione Imperii hodie secus est, ut liquet ex Reformatione guter Policey zu Augspurg anno 1548. titul. von den pupillen vnd minderjärigen kindern / tutorn vnd vormündern. §. Item / daß er nach befohlener. vers. rechtmessige caution vnd versicherung thu) datus sit. *leg. 2. leg. 3. leg. 6. ff. de confirman. tutor. §. 1. Iustitut. de satisdatio. tutor.* Tutor ergo pupilli sui nomine agens, qui *rem pupilli salvam* non cavit, postulãte adversario cogi potest *de rato* cavere. *§. 1. vers. tutores. Instit. de satisdatio.* † Unde receptum est, & rectè, ut 319
tutores ac curatores ante litem contestatã non constituant procuratores, sed actores, quia nondũ sunt litis domini facti, & ipsi utpote actores litis, non domini aliquo casu de eo judicio rato cavere tenentur suo nomine. *l. neq; ubi Dd. C. de procur. l. vulgò. ff. de admi. tut.* Sed hactenus est prætoria tãtum. Quod si judicio

susceptio dubitetur, an tutor, qui litem contestatus est, *rem pupilli salvam fore satisdederit*, potest cautio *de rato* desiderari, ut judex vel ad magistratum referat, vel hac in parte, si ipsemet magistratus sic imperio suo fungatur: aut mero judicantis, hoc est, mercenario officio exigat. *d. §. i. vers. tutores. Iustitut. de satisdat.* Potest & hæc lite susceptâ incidere dubitatio, an adhuc duret tutela, an agenti tutori sit administratio & gestio commissa, quibus casibus rectè hæc cautio *de rato* exigitur, ut caveat pupillum, & contutores rem ratam habituros. *leg. vulgò. ff. de administ. tuto. d. §. i. vers.*
320 *tutores.* † *De duplæ* stipulatione videamus. Hæc interponitur aut de morbosis, vitiosis, fugitivis, erronibus noxæ reis &c. ex edicto ædilicio, ad res vitiosas venditas pertinente: aut de evictione rei venditæ. Sed utraq; exigitur aut per actionem ex empto: aut ædilium officio. Ex empto petitur *veluti in l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de ædil. edict. l. 2. l. emptori. ff. de evictio.* Hoc casu dum actio pro tribunali postulatur, utique tantùm est prætoria, cùm metu dandæ denegandæque actionis venditorem prætor cogat cavere: quo non cavente, actionem ex empto dat, ad id, quod interest rectè caveri. Ab hac condemnatione se deinceps reus liberare potest, si satis offerat, cùm omnia judicia sint absolutoria, si illud fiat & solvatur, quod fieri, quod solvi oportet. *§. fin. Inst. de perpet. & tempor. actio.*
321 † Ædilium officio, quando ex edicto desideratur *duplæ, triplæ* stipulatio ob evictionem, ob morbum vitiúmve: quod si jubente Ædili non caveat, aut denegatur venditori actio de precio petendo, aut datur redhibitoria, vel pignora capiuntur. Quod si susceptum sit ex empto aut vendito judicium, & exceptio objiciatur, cautum non esse de morbo vitióve, de evictio-

victione; arbitratu judicis caveri cogi potest reus, aut actor satisdare; quod si non faciat, subsequetur aut condemnatio aut absolutio. Igitur hoc casu si in judicio suscepto quæstio de præstanda *duplæ* cautione emergat, fiet communis: Aut enim denegari potest actio jure magistratus & ita processus suspendi: aut judex judicando procedere. † Sic de evictione 322
cautio incidit sæpe in judicium familiæ erciscundæ & communi dividundo: & tum licet origine sit prætoria, tamen ex accidenti nunc fit judicialis, quia judex familiæ condemnando absolvendoque eam exigit, ut in specie *d. l. heredes. §. penult. famil. ercisc. & leg. item quavis. §. ult. comm. divid.* Idem accidit circa judicium sæpe noxale. *leg. si quis à multis. in fin. de noxal. actio.* quanquam in illa facti specie possit videri cautio de dolo.

I. CONSECTARIUM. † *Quæ cùm omnia sic se habeant, observare licet in hac doctrina, de prætoriis communibus & judicialibus stipulationibus, lapsam videri posse communem Dd. scholam.* Tradit hæc prætorias esse stipulationes, quæ non à jure Civili, sed prætorio, per prætorem mortuum in suis edictis adinventæ, per judicem viventem exiguntur: *Jason. ad d. l. 5. h. tit. Sneidew. num. 3. Ludovic. Bebio. Mynsing. num. 3. (paucissimis licet immutatis) & 15. post Angel. & gloss. Institutio. de divis. stipulat. Nicola. Mozz. de stipulat. secunda divis. judic. prætor. convent. comm. in tracta. de contract. num. 9.* Judiciales verò, quæ à legibus, Jureconsultorum, vel Imperatorum sanctionibus sunt adinventæ & per officium vivi judicis, ubicunque ei æquum visum fuerit, exercentur. *Mynsing. num. 1. 2. 3. 15. & c. Sneide. Inst. de divis. stipul. num. 2. post Bart. Jas. Bolognet. & alios ad d. l. 5. Nicola. Mozz. d. cap. de secund. stipulat. divis. jud. prætor. nu. 1. 2. 3. 4. Poman. in addit. ad Bar-* 323

tol. verb. judicis ad l. 5. h.t. Communes esse, quæ reperiuntur in quibusdam casibus à jure prætorio; in quibusdam à jure Civili introductæ, &, ut Barto. loquitur, quæ descendunt à prætore & Jurisconsulto. *Jas. post Bartol. num. 1. ad d. l. 5. ibid. & cæteri Interpp. Sneidewin. d. num. 7. & 8. Mynsig. num. 15. & 16. Ludovicus Bebio. Institut. de divisio. stipulat.* Primò sanè repugnant ipsi textus, *in Institut. de divis. stipulat. & in d. l. 5. h.t.* qui ostendunt, non dividi has stipulationes ratione inventionis, sed ex forma, fine, & modo quo exiguntur & interponuntur. † Deinde nullibi in universo jure occurrit hæc distinctio inter vivum & mortuum judicem. Imò, si illa distinctio vera esset, certè tum temporis, cùm primus prætor de damno infecto, de novi operis nunciatione, de legatis & fideicommissis cavere jussit, quique edixit, ut in jus vocati eant, aut satisdent, nondum hæ fuêre prætoriæ stipulationes, quia & ipse vivus prætor injungebat, & exigebat. An igitur tum temporis fuêre judiciales? Nec id ausi, ut arbitror, affirmare. Sic enim ratione originis & inventionis stipulationes prætoriæ nullæ forent. Repugnat etiam stilus fori Romani ejusque historia, unde tamen hæc tota res pendet. † Nam cùm prætores darent judices; oppositæ erant officia prætoris & judicis dati: eaque oppositio discernebatur non ab origine cujusque causæ, an à prætore vivo vel mortuo esset, sed ratione finis & modi, ad quem, & per quem cujusque officium dirigebatur. Aut enim officium jus dicentis exercebatur imperando, aut tantùm judicando, ut suprà *ex l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. l. eum qui. l. solet. de jurisdict. omn. judic. l. 1. l. à Divo Pio. l. judex. de re judic. l. ea quæ ad municipal. l. 1. l. 4. §. duas. §. fin. de damno infect. & similibus.* obiter indicavimus: illud erat

& est

& est officium magistratus. *leg.1.de jurisd. omn. jud.d.l. 4.eod.l.ea quæ.ff.ad municipa.* hoc verò officium judicis merum, hoc est, mercenarium. *tit.Institut. de offi.judic.* Repugnat etiam, quòd neque Pomponius neque Justinianus has stipulationes definit à lege, à constitutione, à mortuo vel vivo judice, à Jureconsulto, sed ab officio ejus, qui eas exigit. † Denique, omnes 326
quæ conventionales non sunt, honorarias esse suprà diximus, h.e. ex fori instituto & magistratus usu descendere. Non ergo à lege, non à constitutione, non à Jureconsultis sunt: ut exemplo Mucianæ cautionis suprà indicavimus. † Rectè igitur & ex ordine 327
fecit Alciatus, quòd *lib.1. paradoxo. cap.1. & ad leg.5. hoc titu.* nisus est expugnare suprà positum interpretum communem errorem: cujus quidem expugnationem refert *Nicolaus Mozzius dict. cap. de secund. divis. stipulat. judic. prætor. num.10.& 11.* cumque appellat sollicitum Alciatum, quasi minus necessariò sit sollicitus, vel certè præter decorum. Verùm præterea nihil habet, quod ei opponat, quàm ut *numero 11.* dicat, declarationem istam Alciati non esse omnino receptam: quoniam Doctores communiter declarent & intelligant aliter, prout suprà relatum est: nec se unquam audere à communi declaratione recedere: quamvis doctissimus ille Alciatus maximæ sit autoritatis, nec sine ratione loquatur. Hæc, inquam, Mozzius. At mihi amicus Bartolus, amicus Mozzius, magis amica veritas: quin & alios habeo, qui hac in parte Alciatum sequuntur, Donellum, Cujacium, Wesenbec. Duaren. adde & Baldum, qui non obscurè falsitatem communis illius declarationis perstringit *ad leg. 5. hoc titul.* licet videatur non prorsum repudiasse. † Quòd autem quædam ju- 328

diciales ſtipulationes ab Imperatoribus in conſtitutionibus, quædam à Jureconſultis in reſpoñſis eorum relatæ inveniuntur: id neceſſariò non arguit, iſtas ſtipulationes non eſſe à magiſtratu & fori uſu profectas, ſed primùm his conſtitutionibus & Jureconſultorum reſponſis editas: & tamen hæc argumentatio omnium oculos ut id ſentirēt perſtrinxit. Sanè nulla ſtipulatio eſt, quæ non à lege proficiſcatur, quæ non Jureconſultorum reſpōſis approbetur vel improbetur: nec tamen propterea quælibet eſt judicialis, non quælibet cōmunis. Non ergo, ex eo, quòd in legē, quòd in cōſtitutione, quòd in edicto, quòd in reſponſo JCti alicujus facta ſit hujus vel illius ſtipulationis mētio, discrimen colligi debet judicialium, prætoriarum & communium ſtipulationum: quod & ipſe *Jaſon ad l. 5. num. 5. h. tit.* & ante eum *Johan. Fab.* obſervavit, ut etiam *Ludov. Bebio Inſt. de diviſ. ſtipulat.* fatetur: licet prorſum à communi non fuerint auſi recedere, ſed ei aliquid addant.

329 II. CONSECTARIUM. † *Cùm prætoriæ ſtipulationes plerunq; nō autem ſemper, requirant fidejuſſores, eò quòd ita prætor ſatisdari juſſerit: ut* concluſ. 21. dictum eſt; *judiciales verò ſimplici repromiſſione ſint ut plurimum contentæ; ejus rei rationē & fruſtrà interpretes tribuūt legi, edicto, vivo mortuoq; judici, & omnimodam differētiam in eo malè collocant.* Nam cùm omnes honoratiæ ſtipulationes, tam prætoriæ, quàm judiciales ab officio jus dicentium gemino proficiſcantur, formam ſingulæ ſuam neq; arbitrio contrahentium, neque legis ſanctione vel JCti reſponſo habent, ſed ab injungentium juſſu & autoritate. *l. in conventionalibus 52. h. t. l. 1. in prin. & §. 1. §. 2. §. ult. l. 2. l. generaliter. & tot. tit. de prat. ſtip.* Quo fit, ut ſæpe etiam judiciales cōtentæ non ſint nudâ repromiſſi-

missione. *l. sancimus. C. de verb. sign.* & contrà ut multis casibus prætoriæ sint repromissione contentæ. *d. l. 1. §. 1. 2. 3. cum ibi not. a. de prætor. stipulat.*

III. CONSECTARIUM. † Fruſtrà *hinc etiam vulgò contendunt, cautionem à ſtatuto alicujus pagi vel civitatis, aut populi ſuperiorem recognoſcentis introductam cenſeri judicialem: quam verò ſuperiorem non recognoſcens introduxit prætoriam cenſeri. Sneidew. de diviſ. ſtipul. nu. 6. Bart. in l. omnes. in 5. quæſt. de juſti. & jur. Jaſ. ad l. 5. h. t.* Non enim, qua juris parte, & quali poteſtate introducatur, ſed quo officio exigatur, & injungatur unaquæque; ex eo, inquâ, prætoria diſtingui & dignoſci debet à judiciali: *per d. l. 5. d. tit. Inſt. de diviſ. ſtipul.* † Ejusdem farinæ eſt, quod *Bartol. in d. l. 5. num. 3. & 4. Bald. verſ. ſecundo non utrum. h. t. Bebio. de diviſ. ſtipul.* docent: ſi ſtatutum de tali ſtipulatione fiat à populo, vel cõ filio populum repræſentante; eſſe civilem, & ita judicialem: ſi verò à Duce, à Marchione, à Comite, ab Epiſcopo, vel quo alio magiſtratu, eſſe prætoriam. Nam in idem cum priore vitium incidit. 330

IIII. CONSECTARIUM. † *Deniq; in eo etiam Dd. labuntur, quòd putant judiciales ſtipulationes eſſe perpetuas: prætorias verò annales tantùm, eò quòd imperium prætorium cujuſq; prætoris ſit annuũ: unde & actiones prætoriæ, niſi ſint rei perſecutoriæ, annales cenſeantur. l. in honorariis. de action. & oblig. §. 1. Inſtit. de perpe. & temporal. acti. §. fin. Inſt. de injur. ubi Dd. l. ſi non convicii. ubi Bart. Bald. Saly. C. eod. Ludov. Bebio & Sneidew. Inſt. de diviſ. ſtipulat. num. 5. Jaſon ad d. l. 5. num. 8.* † Nam quod *in d. §. 1. & d. l. in honorariis.* docetur, verum eſt in his prætoriis, quæ ſunt ex mera prætorum jurisdictione citra conventionem, qualis eſt, de dejecto & effuſo, de albo corrupto, de injuria verbali, &c. ſecus ſi ſint ex conventione, aut cauſam ha- 331 332 333

beant civilem, ut accidit constituto, ut videre est in furti actione prætoria. *d. §. 1.* Nam tum etiam prætoriæ actiones sunt perpetuę. Promissio sanè in perpetuũ obligat, nisi specialiter aliquis casus excipiatur, aut promissio ad certum tempus restringatur: quo tamen posteriore casu adeò obligat, ut si ad diem promissum sit, non ipso jure per diei lapsum extinguatur, sed ope exceptionis. *l. obligationum ferè. de actio.*
334 *& oblig.* † Quin & sequenti anno possum de damno infecto postulare, si hoc anno non faciam, imò vel post triennium potero, durante eadem vetustate ædificii ruinã minantis. Sic si hodie novum opus non nuncio, nihilominus sequenti anno opere nondum facto nunciare potero: certo tempore non clauditur hęc nunciatio: & ut nunciatio non clauditur, ita nec facultas cavendi: ut si nunc desistam ab opere, post annum, vel biennium volens in ædificando pergere offeram satisdationem: Sanè de duplæ stipulatione ædilicia ob redhibitionem cautum est, ut *illa* intra certum tempus exigatur. *l. 2. ff. de diverf. & tempor. præscript. l. cùm sex menses. ff. de ædilic. edict.* at de evictione certo tempore non clauditur, sed tamdiu peti potest, quamdiu evictio imminet, *l. 1. l. 2. l. si dictum 56. in princ. & §. fin. ff. de evictio.* Idem obtinuisset in ædilicia, nisi specialiter esset excepta. Idem de stipulatione *rem pupilli salvam fore?* idem de cæteris omnibus existimandum est. Nam ita demum agitur tutelæ, quando finita fuerit tutela: & tamdiu hæc stipulatio committi potest, quia non præstatur id, quod ex tutelæ causâ præstare oportet, *ut supra dictum.* Et qui de rato promisit, cui solvebatur, vel in judicio alieno nomine agebat: committitur ejus stipulatio, quandocunq;, etiam lõgo pòst tempore, dominus cum eodem

dem iterum agat de eadem re, & ita ratum non habeat. Atq; hactenus de honorariis stipulationibus.

XXIII. CONCLUSIO.

Conventionales † sunt, quæ merâ reorum conventione fiunt. 335

d.l.5.§.conventionales. Instit.de divis.stipulat. Nicola.Moz. dict.cap.de secund.divis.stipul. judic. prætor. num. &c in eo omnes facilè conveniunt. Ideoque harum totidem sunt genera, quot penè dixerim rerum contrahendarum. *d.l.5.* Nam empti venditi, depositi, mutui, pignoris, hypothecæ, legati, fideicommissi, divisionis, transactionis, pacti, donationis, dandi faciendiq;, fidejubendi, negotii gerendi, mandati, tutelæ, societatis, permutandi, æstimandi; & omnis debiti creditiq; causâ stipulatio intercedere potest: usque adeò, ut etiam contractæ jam stipulationis causâ contrahi rursum possit, aut ut magis sit cautum, aut ut novetur, vel fidejussor quis fiat. Quæ omnia *ad d.l.5.* à variis variè enucleantur. † Quæcunque sti- 336
pulatio de quacunque causâ interposita, modò neque judicis, neq; prætoris officio, vel officii intuitu interceserit, sed sponte suâ contraxerunt liberâ voluntate rei stipulantes ac promittentes, etiamsi id hac cautione complexi sunt, quod alioquin coacti aliquando fuissent promissuri, ea tamen honoraria non erit, sed conventionalis tantùm. Nam si tu mihi, qui tibi de damno infecto denunciare possum, ultrò offeras satisdationem, egoque eam recipiam, non illa prætoria *ex damno infecto*, sed conventionalis erit contracta stipulatio: licet illud ipsum præstiteris, quod à te officio magistratus intercedente ob-

tinere potuissem. Sic, si ædificaturus te priùs conveniam, & hoc tecum agam, ut admissa cautione patiaris me in eo loco ædificare, in quem vereor ne mihi nunciare possis, ut si postea non queam docere, me jure ædificasse, vel tu de tuo jure doceas, demoliar: non sanè prætoria, sed conventionalis erit. Imò etiamsi nunciasses, ego verò pacto à te obtineã remissionem nunciationis per stipulationem confirmato, idem erit. *l. 7. §. si paciscar. de pact.* Sic *& rẽ ratã haberi?* multis casibus est conventionalis. *d. l. interdum. cum seqq. ff. rem rat. habe.* ut & *cautio de dolo. l. dol. l. ex ea parte. h. t.* & *cautio ex ædilicio edicto* in conventionalem deduci potest. *l. paciscì 31. ff. de pact.*

DE SUBJECTO STIPULATIONIS.

Caput VI.

NUNC transimus ad ea, circa quæ versamur contrahendo, hoc est, ad *subjectum* stipulationis, quod interpretes vocant *materiam circa quam.* Versatur enim circa id, quod in eam interrogando promittendoque deducitur. *l. si in emptione 34. §. omnium. ff. de contrah. empt. l. 2. ff. loca. l. 3. ff. de act. & oblig. l. 1. §. 1. l. stipulatio ista. l. stipulationes non dividuntur. ff. de verb. oblig.* Quod autem in eam ita deducitur, aut *res* est, aut *factum,* ut ex definitione, & *c. 1. suprà* liquet, cui suffragatur, quod *in §. 1. verb. dari fierive. §. non solùm. §. fin. Institut. h. t. d. l. 2. l. 5. §. 1. §. 2. l. in stipula. l. in executione. l. stipulationum 74. l. seq. l. stipulationes non. h. t.* responsum est. Igitur quænam res & facta in eam deducì queant, restat examinandum.

Sum-

Summæ.

1 *Omnis res tam corporalis, quàm incorporalis, potest in stipulationem deduci, quæ dominio nostro subjici potest.*

2 *Et de quibus paciſci possumus.*

3 *Rem quisq; suam & alienam promittere potest.*

4 *Res propria etiam alienari extra familiam prohibita, promitti potest: & quatenus illa prohibitio procedat.*

5 *Et committitur ob rem alienatam pœna, vel in id, quod interest stipulatio.*

6 *Testamento si alienatio sit prohibita, revocari potest per eos, quorum interest*

7 *Testatoris tamen prohibitio nõ impedivit obligationis effectũ.*

8 *Difficultas præstationis à testatore introducta, reum non liberat.*

9 *Effectus inutilis stipulationis est, ut ex eâ agi non possit.*

10 *Res aliena an possit in alium casum promitti, quàm quo est promissoris futura.*

11 *Fisco non potest præjudicium fieri.*

12 *Imò res aliena rectè promittitur, licet difficulter præstetur.*

13 *Consideratur l. 38. §. quæsitum. h. t.*

14 *Pactum coheredum non nocet creditoribus vel debitoribus hereditariis.*

15 *Incertũ conditionis remitti & in stipulationẽ deduci potest.*

16 *Repudiamus delata, remittimus etiam futura.*

17 *Stipulari & paciſci licet, ne furti agatur vel de evictione aut redhibitione.*

18 *Pœna etiam promitti & in stipulationem deduci possunt.*

19 *Usuræ licitæ possunt promitti: & quæ pœna illicitarum.*

20 *Jactum retis & pantheram stamq; licitam sponsionem, quã vocamus* wetten *rectè stipulamur.*

21 *Operæ stipulamur & promittimus.*

22 *Operæ libertorum inter res referuntur.*

23.24 *Quomodo operæ etiam ad facta referantur à Gomezio, & quàm variæ.*

25 *Servitutes rectè promittuntur: & quomodo constituantur.*

26 *Obligationes & actiones in stipulationem deducuntur.*

27 *Quæ res sint commercio naturâ exemptæ.*

28 *Ejusmodi est hippocentaurus.*

29 *Plinii locus de hippocentauro.*

30 *Monstra & ostenta sperare non oportet : ac proinde non sunt in commercio.*

31 *D. Antonio spectrum, non verus hippocentaurus apparuit.*

32 *Homo mortuus non rectè promittitur : nisi ob moram vel culpam adhuc debeatur.*

33 *Non moriturum dare est impossibile.*

34 *Nec huic addi potest stipulatio pœnalis.*

35 *An & pœnalis reddatur impossibilis ?*

36 *Talis videtur joco contrahi: nec committi potest.*

37 *Aliud exemplum in ædibus deustis.*

38 *Homo in hominis commercio per naturam non est : sed servus jure gentium.*

39 *In stipulationem dandi non venit id, quod interest: & homo liber bona fide serviens, promitti potest.*

40 *Pater nequit filium vendere, nisi sanguinolentum.*

41 *Res jure gentium commercio exempta.*

42 *Res, publico jure exempta.*

43 *Res hostium, an & quando possint promitti.*

44 *Rem nostram, quæ apud hostes est, vendimus.*

45 *Ager Romæ vendebatur, quem Hannibal occupaverat.*

46 *Sed jure postliminii.*

47 *De re hostium, quæ nunquam nostra fuit, dubitatur.*

48 *Omnia, quæ delegatis sunt constituta, obtinent in stipulationibus, & contrà : nisi, &c.*

49 *Angeli sententia.*

50 *Zas. contrà : & quæ vera sit sententia l. 104. §. etiam. de leg. 1.*

51 *Mobilium nobis cum hostibus commercium est, ut ab ipsis acquiramus.*

52 *Quid de immobilibus.*

53 *Nemo rem suam rectè stipulatur.*

54 *Tradi tamen rectè quis stipulatur.*

55 *Sed & precium rei suæ.*

56 *Interdum etiam usumfructum.*

57 *Sed tum similis ei, qui partem & totum stipulatur.*

58 *A fure rem meam, ut condicо, ita & stipulor.*

59 *Stipulari eam licet in casum, quo nostra amplius non erit, & sub conditione.*

60 *Hereditatem viventis non rectè stipulamur.*

61 Qua-

61 *Quadruplici modo de hereditate pacisci mur.*
62 *Contractus & conventiones non sunt modi danda hereditatis & bonorum possessionis.*
63 *Alienum factum non rectè promittimus: ut nec alii rectè stipulamur.*
64. 65 *Exempla pacti de successione.*
66 *Novella 19. Leonis corrigit l. pactum quod. C. de pact.*
67 *Pacta circa feudorum successionis licita.*
68 *Quod fieri potest per statutum: potest quoq; per pactum, & contrà fieri.*
69 *Consuetudo Gallia tale pactum permittit.*
70 *Pacta fraternitatum valent.*
71 *Quomodo & quando pacta de successione possint subsistere.*
72 *Pactum de acquirenda hereditate cur non valeat.*
73 *Consideratio l. pactum quod. C. de pact.*
74 *Novella Leonis non est recepta: nec ideo l. pactum quod. C. de pact. corrigit.*
75 *Rationes Leonis examinantur.*
76 *Mores Gallorum ex jure collationum.*
77 *Pater pacto constituit inter liberos hereditatis divisionem.*
78 *Animus patris & liberorum considerandus.*
79 *Pactum, ut pro ultima voluntate interpretemur, favore militum est receptum.*
80 *Mens Jasonis & Zasii.*
81 *Modus imponi potest certis rebus.*
82 *Pactum quale, quod dicitur ad morganaticum contractum.*
83 *Quo jure pacta conjugum successoria sustineantur.*
84 *Gail. obs. 91. & 126. lib. 2. consideratur.*
85 *Militum pactio de successione mutua vice testamenti habet.*
86 *Joh. Rama. vult valere in vim donationis, non ultimæ voluntatis.*
87 *An Ecclesia velob piam causam liceat hereditatem stipulari.*
88 *Pacta de conservanda hereditate legitima aliquo casu valent.*
89 *Arrogati impuberis heredes futuri stipulantur ab arrogatore restitutionem hereditatis.*
90 *Modus emancipandi triplex.*
91 *Consideratio l. si quis servum. ff. de act. empt.*

92 *Nulla hereditas est viventis.*

93 *Repudiare & remittere differunt.*

94 *Filii pactum inter vivos non tollit futuram querelam de inofficioso testamento.*

95 *Mortui hereditas potest repudiari.*

96 *Pactum cum filia, ut dote contenta renunciet hereditati paternæ futuræ, non valet.*

97 *Pater cum filio, quem emancipat, an pacisci possit de successione.*

98 *Pro emancipatione aliquid accipere licet.*

99 *De dividenda hereditate futura pacisci mur vel in genere, vel in specie.*

100 *Consensus ejus, de cujus hereditate agitur, tollit votum captandæ mortis, turpitudinem, & inducit quandam mortis causa donationem.*

101 *Consideratur l. 2. § illud potest. de hered. vel actio. vend.*

102 *Stipulatio de viventis hereditate jure Civili adeò nulla est, ut nec juramento firmetur.*

103 *At jure Canonico de repudiando confirmatur jurejurando.*

104 *Boni & mali mores considerantur aliter à Canonistis, aliter à Legistis.*

105 *Rationes Juris civilis secundùm Canonistas: & utrum obtineat in omni stipulatione & conventione? & ibi Joha. Rama sententia examinatur.*

106 *Imò votum captandæ mortis, causam prohibitionis esse, cõtra Joh. Rama ostenditur.*

107 *Rectiùs fortassè Papa fecisset, si à Jure civili non recessisset, etiam quo ad pactum de renunciando hereditate viventis.*

108 *Canones volunt nos à peccati suspicione liberos.*

109 *Consuetudo tamen approbavit & recepit Jus Canonicum.*

110 *Res litigiosa in stipulationem non venit.*

111 *Res immobiles dotales in stipulationem deduci prohibentur.*

112 *Distinguendum, utrum promissor an stipulator commercio rescareat.*

113 *An idem in legatis & fideicommissis.*

114 *Affirmatur.*

115 *Consideratio l. mortuo 49. § Labeo d. l. 2.*

116 *An & quando interpretationi locus circa ultimas voluntates.*

117 *Ultima voluntas cujusq; ad jus accommodanda, adeò ut si cui res propria legata, ei nec æstimatio debeatur: nec imperfectum testamentum producit ullam obligationem.*

118 *Consideratio l. sed si res 40. de lega. 1.*

119 *Æstimatio ejus, quod relictum est, quando incapaci possit deberi.*

120 *Consideratio l. fideicommissa 11. §. si servo ff. de leg. 3.*

121 *Res commercio exempta inutiliter promittitur, adeò ut ex post facto non incipiat deberi.*

122 *Rem propriam stipulatus non petit, nec Judæus, nec hæreticus mancipium Christianum.*

123 *Procedit hæc regula Catoniana in stipulationibus & legatis puris, secus in conditionibus.*

124. 125 *Modò res sit in commercio omnium, & ejus, qui stipulatus est.*

126 *Differentia inter rem, cujus quis commercium non habet, & cujus possidendi jus non habet.*

127 *Stipulari licet de omittenda & non prosequenda criminis accusatione, modò de crimine isto transigere & pacisci liceat.*

128 *Exceptio doli & metus obstat stipulationi.*

129 *Rem non prohibitam oportet in stipulationem venire.*

130 *Duo igitur requiruntur, ut valeat stipulatio de crimine nõ accusando, vel persequendo.*

131 *De quib. criminibus transigere & pacisci liceat, remissivè.*

132 *Prima de hac re regula, quòd de omni crimine sanguinis pœnam habente pacisci & stipulationem contrahere liceat.*

133 *Licet cuiq; sanguinem suum redimere.*

134 *Sanguinis pœna, quid sit.*

135 *Sanguis vehiculum vitæ.*

136 *An fustigatio, membri amputatio, flagellatio, pœna sit sanguinis.*

137 *Nisi sit excoriatio vitæ amissionem adferens, cujusmodi ex l. XII. Tabularum.*

138 *Membri amputatio vehiculum vitæ non tollit, sed sistit, quo ad illud membrum.*

139 *Non omnia, quæ sermone copulantur, sunt idem genere proximo vel specie: ubi Novell 128. §. adhæc prohibemus. vers. citra declaratur.*

140 *Membrum impropriè mori dicitur.*

141 *Dn. Philippus negat philosophicum esse, quòd anima sit tota in qualibet parte.*

142 *Excipitur crimen adulterii.*

143 *Rationes exceptionis variæ: & quæ secundùm Cujacium & Fabr. corrigentem.*

144 *Ante imperium Diocletiani & Maximiniani fuit pœna adulterii capitalis.*

145 *An verò ex ipsa lege Julia, dubitatur.*

146 *J. Lipsio res* parum *certa est.*

147 *Relegatione levior pœna nulla est, nisi pecuniaria.*

148 *Ovidius an ob adulterii crimen relegatus.*

149 *Ex dubio certa ratio sumi non potest.*

150 *Vera ratio hujus exceptionis.*

151 *Nec de raptu, nec incestu, nec de stupro transigere & pacisci licet.*

152 *Consideratur l. qui cœtu. §. fin. ff. ad leg. Jul. de vi public.*

153 *Objectioni Fabri satisfieri posse.*

154 *Adulterium sine dolo, non punitur.*

155 *Consideratio l. pen. ad l. Jul. de adult.*

156 *Pactum de adulterio, licet dolo careat, & ideo pœnâ: non tamen cessat species esse lenocinii.*

157 *An voluntate pro ratione usi Impp. qui pœnam capitis statuerunt adulteris: ut malè Fab.*

158 *Excipitur etiam crimen læsæ majestatis.*

159 *Altera regula; quod de cæteris non liceat.*

160 *Excipitur crimen falsi.*

161 *Ratio.*

162 *Contradicit Donellus.*

163 *Summa collectio.*

164 *Omne factum honestum & possibile promitti potest.*

165 *Operas quis suis promittere potest.*

166 *Modò promittat vel libertus patrono, vel cuilibet, ut cuilibet ingenuus.*

167 *An & quando opera liberti debentur ut pecunia.*

168 *Inhonesta & impossibilia, non item.*

169 *Juramentum de inhonestis non obligat, quia pro impossibilibus habetur turpe.*

170 *Sororem ducere uxorem, turpe est.*

171 *Non est turpe lucrum, quod ex liberali causa capitur.*

172 *Ne ex judicato, furto, injuria agatur.*

173 *Pœna libertati divortii adjicitur frustra.*
174 *Digitum cœlo attingere, affirmativè est impossibile.*
175 *Pœna sponsalibus & nuptiis addita, ut certo loco maritus cum uxore habitet.*
176 *Factum propriè est nudum à jure.*
177 *Exempla ejus.*
178 *Verbi facere, significatio varia.*
179 *Mixta facta.*
180 *Utrum præter facere & dare sit tertium genus constituendum.*
181 *Facto comprehenditur etiam non factum.*
182 *Facta cujusq; propria non aliena.*
183 *Cur inventæ stipulationes.*
184 *Stipulatio, habere licere? an valeat.*
185 *Quis exitus confessoria & negatoria.*
186 *Cautio in interdicto, uti possidetis.*
187 *Titium judicio sisti, rectè promittimus.*
188 *Quatenus alieni facti promissio improbata sit.*
189 *Factum ejus, quem in potestate habemus, & cui imperare possumus, rectè promittimus.*
190 *Factum heredis est ipsius promissoris.*
191 *Quatenus actiones pœnales in heredes non dentur.*
192 *Personalia non transmittuntur.*
193 *Consideratur l. 56. §. 1. h. t.*
194 *Nisi pœna subdita sit alieni facti promissioni.*
195 *Item, se effecturum.*
196 *Declaratio conclusionis.*
197 *Declaratio l. 38. h. t.*
198 *Habere-licere, quid contineat & quatenus valeat.*
199 *Alieni facti promissio, non semper impossibilis: licet sit difficilis.*
200 *Alia ratio.*
201 *Declaratio l. 65. de fidejuss.*
202 *Factum alienum planè à nostro remotum promitti nequit.*
203 *Quid jure Canonico de facti alieni promissione constituti.*
204 *Juramentū invalidum non reddit validum contractum.*
205 *Perjurium non incurrit, qui omnem adhibuit diligentiam, nec effecit, quod promisit.*
206 *Omnis stipulatio est dandi vel faciendi.*
207 *Quid sit dare, restituere, tradere.*

208 A fine subjecti hac nata est divisio.
209 Tot stipulationes, quot res, quot facta.
210 Tot interrogationes, quot res.
211 Res plures tam de summis quàm speciebus.
212 Acervus pecuniæ & quæ in ista arca, una est stipulatio.
213 Qui usumfructum & deinde fundum stipulatur, est instar ejus, qui partem, deinde totum.
214 Quid si pacto plurium rerum una stipulatio subdita esset?
215 Quid in alternativis.
216 Disjunctio & conjunctio quid: remissivè.
217 Quod ex testamento Sejs mihi debes dare, spondes? an stipulatio una vel multiplex.
218 De stipulatione, centum annua, bima, trimæ.
219 Si centum in annos singulos, una est stipulatio.
220 Omnis illa certi est, vel incerti.
221 Certum quid, & quomodo.
222 Omne futurum naturâ incertum.
223 Alternativa stipulatio est incerta.
224 Duplici modo est incerta stipulatio.
225 Quæ sit natura incertæ.
226 Res vel facta promittuntur.
227 Facti stipulatio incerta est.
228 Res corporalis stipulatio an incerta.
229 Consideratur l. 8. de usufr. ear. rer.
230 Quatenus rei incorporalis stipulatio certa vel incerta.
231 Servitutes non videntur omnino certæ.
232 Et ideo secundùm quid communi standum.
233 In hereditate, in nominibus, in obligationibus Donellum sequendum.
234 Quicquid te dare facere oportet.
235 Futurum incertum.
236 Fructus futuri, & partus futurus, res incerta.
237 Usura futura, incerta.
238 Nati fructus si sint, an adhuc incerti stipulatio censeri debeat, uti ab initio erat.
239 Consider. l. 9 de reb. cred. si cert.
240 Contractus incerti quid in d. l. 9.
241 Differentia conditionis triticariæ & si certum petatur.
242 Pronunciatione stipulatio certa, vel incerta.

243 *Res quædam certæ sunt ex se & corporum numero: quædam quantitate.*

244 *Generis specie promissa, vel per alternationem fit stipulatio incerti.*

245 *Si quantitas promittatur, quomodo certa vel incerta stipulatio.*

246 *Locus apud Theophilum corruptus.*

247 *Consideratio l. 75. qui verò à Titio. h.t.*

248 *Talis est demonstratio, quale demonstratum.*

249 *An de eo, quod interest, agatur certi, vel incerti.*

250 *Facti stipulatio certi cur incerta.*

251 *Colligitur, quid propriè sit certum: & quid incertum.*

252 *Cogitatum in mente retentum nihil operatur.*

253 *Significatio vocis, quid, in l. 74. h.t.*

254 *Si quis ab eo stipuletur fundum, qui ejusdem nominis duos habet.*

255 *Stipulatio qualibet est dividua vel individua.*

256 *Difficultas hujus tractatus.*

257 *Quid sit in hac quæstione, dividere.*

258 *Naturâ, vel conditione contractus esse.*

259 *Naturâ quid sit individuum, vel contra.*

260 *Dividui exempla: pro diviso.*

261 *Dividua pro indiviso.*

262 *Dividuum etiam contractus lege.*

263 *Conditio sive lex illa consistit in solutione.*

264 *Invito aliud pro alio solvi non potest.*

265 *Invito per partes solvere non licet.*

266 *Quæ debeant concurrere, ut quid sit dividuum naturâ & jure simul.*

267 *Sententia interpretum de rebus dividuis & individuis.*

268 *Servitus est individua, nec modo & tempore dividitur.*

269 *Obligatio ex re subjecta æstimatur, an sit dividua vel individua.*

270 *Bartoli mens.*

271 *Actio ex re debita æstimatur mobilis vel immobilis.*

272 *Cùm promissum sit, videndum, an sit dividua vel individua.*

273 *An aliqua stipulatio tantùm sit inter heredes dividua.*

274 *Liberatio est effectus solutionu.*

275 *Quomodo lex XII. dividat inter coheredes obligationem.*

276 *Ex persona heredum conditio obligationum non mutatur.*

277 *Dividui consideratio duplex, per se, & relatè.*

278 *Regula Dd. de factis dividuis & individuis.*

279 *Harum regularum veritas & usus.*

280 *Quid sit in jure traditum.*

281 *Prima regula approbatur.*

282 *Cur servitutes sint individuæ: & quomodo hæc regula intelligenda: & quòd facta per se & naturâ suâ individua sint ex hypothesi censenda dividua.*

283 *Secunda & tertia regula, si dextrè accipiantur, valent.*

284 *Quarta ratio reddit rationem trium regularum, & cur facta mera non adferant pro parte liberationem.*

285 *Reprehendunt quidam has regulas.*

286 *Varius hujus doctrinæ usus.*

287 *Reditur ad res, & de iis regula profertur.*

288 *Genera dividuntur numero, ut & quantitates.*

289 *Species corporib. consistentes naturâ dividua pro indiviso.*

290 *Consideratio l. 29. de solutio.*

291 *Incorporales species sine corporibus consistentes sunt individuæ.*

292 *Adnumeratur servitutibus prædialibus usus & habitatio: quæ individua.*

293 *Quando solutionis sive contractus conditio non permittit rem esse dividuam.*

294 *Cur alternativa sit individua.*

295 *An omnes res incorporales sint individuæ.*

296 *Ususfructus est dividuus.*

297 *Esse individuum, contendit Hottoman.*

298 *Rejicitur sententia Hottom.*

299 *Differunt divisum & dividuum.*

300 *Declaratur l. 3. pro derelicto.*

301 *Usus non est species ususfructus, nec pars integrans seu constituens.*

302 *Hottom. contendit, hereditatem esse rem individuam: sed malè.*

303 *Dominium est dividuum, & hereditas pro parte adiri cur non possit.*

304 *Definitio hereditatis repetitur: & utrum succedere in ea significet factum.*

305 Hot-

305 *Hottoman. contendit, usum esse dividuum contra communem: sed malè.*

306 *Jurisdictio, an & quomodo sit dividua vel individua.*

307 *Quanam facta sint dividua vel individua.*

308 *Amplius non agi? rem ratam haberi? an sint dividua facta.*

309 *Distinguendum, an dominus ipse pro suo procuratore promisisset rem ratam haberi, vel amplius non agi: quia erit individuum factum: an verò procurator, & erit dividuum.*

310 *Domini hac promissio, non est prætoria stipulationis.*

311 *Semel approbatum, improbare non oportet.*

312 *Ratum habere, per se factum est dividuum: sed non de promissore domino.*

313 *Factum individuum per te non fieri, ut ire agere, ut habere liceat.*

314 *Dolum abesse, abfuturumq́, an sit dividua vel individua stipulatio.*

315 *Nata est controversia ex obscuritate & varia interpretatione l. 4. h. t.*

316 *Diversæ opiniones.*

317 *Secundùm quosdam vers. eadem dicemus. corrigit principium d. l. 4.*

318 *Sententia Catonis, quæ in d. l. 4. h. t. tractatur.*

319 *Argumenta pro interpretatione Duareni, Taurelli, Donelli, qui dividuam esse ajunt.*

320 *Imò individua videtur.*

321 *Consideratio l. 44. § quod ex facto. ff. fam. hercis.*

322 *Si aquiparantur in effectu judicii familiæ herciscundæ, aquiparantur quoq; quo ad causas, ex quibus illud judicium constat.*

323 *Consideratio ex l. 17. ff. judic. solvi.*

324 *Si res communis pignori obligatur abuno, nulla pars ostendi potest, quæ non sit aliena.*

325 *Communi servo quatenus possit libertas dari.*

326 *Curare, an sit factum dividuum.*

327 *Anton. Faber Duareni & Taurelli sententiam improbat: & differentiam facit inter stipulationem per te non fieri & per te heredemq́, tuum non fieri?*

28 *Displicet expositio Anton. Fabri.*

329 *Non verbis, sed rebus leges ponuntur.*

330 *Quando heredis necessariò sit mentio in stipulationibus.*

331 *Verba dict. leg. 4. §. Cato. ver. per te. non faciunt pro Ant. Fab.*

332 *Communis & vera est sententia, quòd sit indivisua, dolum malum abesse? & expositio d. l. 4. h. t.*

333 *Regula à Catone in d. l. 4 proposita & declarata per exempla dividui & individui facti.*

334 *Catonis & Pauli oratio in d. l. 4. non est hiulca: & vim suam retinet particula Hic.*

335 *Exemplum Pauli in stipulatione dupla.*

336 *Alterum exemplum in cautione fructuariâ.*

337 *Tertium in stipulatione damni infecti.*

338 *Quartum in stipulatione ex novi operis nunciatione.*

339 *An restituere sit factum individuum.*

340 *Summa ratio, quid: & utrum vers. hac utilitatis causa ex parte, &c. in d. l. 4 sit suppositivus.*

341 *Quatenus comparatur stipulatio damni infecti, stipulationi, rem ratam haberi.*

342 *Summa ratio, quid sit.*

343 *Summa providentia pro aquissima: summa ratio, pro aquissima.*

344 *Imò vers. hac utilitatis. in d. l. 4. non est spurius.*

345 *Alia exempla facti individui.*

346 *Fundum tradi, interdum habet causam bonorum.*

347 *Opera modò ad facta, modò ad res referuntur.*

348 *Effectus differentia inter res dividuas & individuas, itèq; facta dividua & individua, qua ad heredes.*

349 *Stipulatio rei, nihil prater rem ipsam complectitur: facti promissio, vi ipsa id, quod interest.*

350 *Æstimatio in rei stipulatione neq; naturâ, neq; interpretatione inest, sed officio judicis proficiscitur:*

351 *Fidejussor accedere potest omni stipulationi & obligationi.*

352 *Etiam contrahenda.*

353 *Prosciente & ignorante: licet quo ad mandati actionem interest.*

354 *Modò sit aliqua principalis obligatio, honesta & licita.*

355 *Alienum factum nequit promittere.*

356 *Qui proprium factum promisit, rectè dat fidejussorem.*

357 *Custos*

357 Custos arcis, vel exercitum intra fines imperii colligens, vel è dat fidejussores de damno, usu & fine averterum.

358 Fidejussor judicio sisti, & judicatum solvi, quando obligatur.

359 Ubi non tenet judicium, ibi nec satisdatio.

360 Dotis conservandæ causa non recte datur uxori à marito fidejussor.

361 Conservanda non: at recte restituenda, soluto matrimonio.

362 Conservanda dos est propriè constante matrimonio.

363 Ratio prohibitionis.

364 De appendicibus plerunq; est idem judicium, quod de principali.

365 Uxor fidejussorem accipiens, videtur marito fidem non habere.

366 Distinguit Duarenus distinguens inter maritum sponte dantem fidejussorem, & coactum.

367 Regula standum, exceptions non probata.

368 Fundamenta quædam pro Duareno.

369 Communis est ut partem contrariam: cui standum; & quare.

370 Pro uxore & viro inter se contrahentibus, ex aliis causis constante matrimonio, fidejussor interv enire potest: at non dotis conservandæ causa.

371 Marito ad inopiam inclinanti, quomodo uxori sit consultum.

372 Mulier conditionem suam faciet meliorem.

373 Non plus rubro potest videri prohibitum, quàm nigro.

374 Multa non petuntur, quæ tamen retinentur.

375 Utilius sæpe est fidejussorem habere.

376 Fidejussor non potest uti privilegio rei principalis.

377 Rub. ne fidejusso. dot. dent.

378 Exempla Rubr. prohibitivarum.

379 Rub. ne uxor pro marito, &c.

380 Consid. l. 1. C. ne fidejuss. dot.

381 Consid. l. 2. C. eod.

382 Exigere quid.

383 Avarum mulierum genus, & superbum.

384 Maritus si uxori hypothecam vel pignus pro dote constituat: utiq; uxor fidem ipsius mariti, non alienam sequitur: secus, si dederit fidejussorem ei.

385 Consid. l. si constante. §. quotiens. solut. matrim.

386 Si constante matrimonio de dote agatur, non fit deductio temporis.

387 De qua re agatur in d. l. si constante. §. quotiens.

388 Soluto matrimonio restè fidejussor datur & exigitur.

389 Consideratio c. per vestras literas. ext. de donat. inter vir. & uxor.

390 Constante matrimonio, ob dilapidationem potest res dotalis repeti, vel sequestro poni.

391 Rursum de d. cap. per vestras literas. & quis ejus sensus.

392 Pro criminis reo, an & quando fidejussor judicio sisti & judicatum solvi admittendus.

393 Etiam pœna salvenda causa, si ex sit pecuniaria.

394 Pro quolibet reo apud quemlibet creditorem fidejussor intercedit.

395 Consid. l. 56. §. fin. de fidejuss.

396 In popularibus actionibus ex parte rei statim potest fidejussor intercedere.

397 Non autem pro actore, nisi lite contestata.

398 Præsenti non solùm, sed & futuræ obligationi potest fidejussor accedere.

399 Apud quem reus principalis non est obligatus, apud eundem nequit obligari fidejussor.

400 Declaratio d. l. 56. §. fin. de fidejuss.

401 Quid si criminaliter agatur?

402 Arbitrio jus dicentis permittitur, consideratis circumstantiis.

403 Et hoc ita est etiam, si de privatis agatur criminaliter.

404 Aut in judicio reus comparet, aut absentem se per procuratorem excusat.

405 Solvendo est is, qui reum locupletem dare potest.

406 Regulariter recipiendus est fidejussor.

407 Consid. l. 70. §. fin. de fidejuss.

408 Confessus de crimine, cujus pœna est pecuniaria, omnino est sub fidejussoribus dimittendus.

409 Nisi carcer pars pœnæ debeat esse ex statuti dispositione.

410 Sed & ex post-facto audietur, qui ab initio dare noluit.

411 Contra tacentem nec appellantem præsumitur repudiatio: quo ad jus formatum.

412 Quòd

412 *Quòd si sit sanguinis vel corporis afflictiva, & major relegatione pœna non debet relaxari sub fidejussoribus.*

413 *Nemo se potest convenundo ad corporalem pœnam obligare.*

414 *Albericus de Ros. putat posse quem fidejubendo in se recipere alienam pœnam, corporis afflictionem habentem: sed malè.*

415 *Cur custos carceris, ob negligentiam puniatur similitudine supplicii.*

416 *Imò arbitrio jus dicentium permittetur, an & hoc casu debeat fidejussor admitti.*

417 *Omne crimen capitale, grave est.*

418 *Consid. l. 3. de custod. reor.*

419 *Consid. l. eos 6. §. super his. C. de appellatio.*

420 *Argumenta pro communi negante declarantur.*

421 *Fidejussor criminis rei, et si nequeat obligari in ipsam corporis pœnam, in id tamen quod interest, aut pœnam conventionalem rectè obligatur: quia hoc non curat fieri, quod promisit se curaturum, ut fieret.*

422 *Ipsius si accedat dolus vel delictum, meretur quoque pœnam.*

423 *Divi Pii rescriptum in d. l. 3. de custod. reor. quale.*

424 *Utrum fidejussor admitti debeat, relinquetur etiam in capitalibus arbitrio jus dicentis; verùm ita, ut non facilè admittat, nisi ex gravi & magna causa.*

425 *In dubio semper judex inclinare debet in partem mitioremt & fidejussorem admittere.*

426 *Si ex processu formato, vel aliàs de innocentia constet, fidejussor admitti debet.*

427 *Si pœna pecuniaria ob egestatem posset in corporalem converti, fidejussor admitteretur.*

428 *Hæc accommodanda ad casus arbitrarios pœnarum.*

429 *Pro absente si defensor compareat, recurritur ad arbitrium boni viri.*

430 *Regulariter verò, si non veniat pœna major relegatione imponenda.*

431 *Defensor pro eo admittendus, qui non majore quàm relegationis pœna coërceri potest, vel debet.*

432 *Fidejussor intensivè accipi potest, sed non extensivè, & in plus, quàm debet reus principalis.*

433 *Ratio cur non in plus, nec in aliam rem accipi possit.*
434 *In partem rectè fidejubet.*
435 *Nec alternativè plus promittet.*
436 *Non electionem dat fidejussor stipulatori, de qua reus non erat obligatus.*
437 *Cùm adjicitur vel detrahitur, vitiata est fidejussoria stipulatio: remissivè.*
438 *Pactis privatorum forma rerum non mutantur.*
439 *Loco & tempore plus petitur.*
440 *Opinio quorundam, qui putant, non totam fidejussoris promissionem plus continentem vitiari, sed quatenus excedit: sed improbatur remissivè.*
441 *Pro facto fidejussor rectè accipitur in id, quod interest: & quare.*
442 *An fidejussor speciei, censeatur etiam fidejussor æstimationis: ut Pinelo visum est.*
443 *Declaratio l. si ita 42. ff. de fidejussorib.*
444 *Declaratio repetita ex l. tantùm quisque 88. ff. de verbor. signif.*

I. CONCLUSIO.

1 *OMnis † res, quæ dominio subjicitur nostro, sive mobilis sit, sive immobilis, tam corporalis, quàm incorporalis, in stipulationem deduci potest.*

§. 1. Inst. de inutil. stipul. l. 1. §. si id quod. ff. de actio. & oblig. l. 2. l. 3. l. 4. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. nam de his. h. tit. l. si in emptione. §. omnium. ff. de contrah. empt. §. 1. 2. 3. 4.
2 *5. 6. §. singulorum. Inst. de rer. divis.* † Et ut Interpp. *ad l. 7. §. si paciscar. ff. de pactis.* ajunt, de quibus pacisci licet de iis & stipulationem contrahere. Nam autore Ulpia. *in d. l. 7. §. si paciscar.* si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci nō licet, servanda non est. Pacisci autem de his licet, quæ dominio & usui nostro subjici possunt, hoc est, quæ in communi hominum

sunt

sunt commercio, neque ab eo naturâ vel jure exemptæ, aut prohibitæ: *Dd. in d. l. 7. §. si paciscar. d. §. 1. 2. 3. & seqq. Instit. de rer. divis. §. fin. ibi Dd. Inst. de empt. vend. d. §. 1. §. 2. Inst. de inutil. stipul. d. l. si in emptione. §. omnium. d. l. 1. §. si id quod. ff. de actionib. & obligat.* de rebus, inquam, familiaribus, sive privatis. *Johan. Borch. de pact. cap. 5. num. 1.* Hæ enim propriæ dominio & usui nostro statim subjici possunt. *d. l. inter 83. §. sacram. vers. nam de his rebus negotium. h. t.* † Itaque non solùm rem suam, sed 3
& alienam quisque rectè promittit; ut det tradátve.
† Rem propriam quin quisque stipulanti rectè pro- 4
mittat, nulla dubitatio est, adeò, ut quamvis sit ex numero earum rerum, quæ à testatore, vel inter coheredes pacto aut quavis alia conventione extra familiam alienari prohibentur, subsistat tamen stipulatio in hoc, ut dare-facere teneatur, qui promisit. Equidem ob causam facta prohibitio inter coheredes, hereditatem dividentes, vel in quolibet alio cõtractu, vel pacto inter contrahentes, de non alienãdo; puta extra familiam, aut in extraneas, vel in certas quasdam personas, aut non aliter, quàm certo aliquo modo observato, jure valet & observanda, *ut in l. qui Romæ 122. §. coheredes. l. si ita quis 135. §. ea lege. h. tit. utroque loco Interpp. Jas. in l. quamvis. num. 8. Cod. de fideicommiss.* Verùm non usque adeò hæc conventionalis prohibitio procedit, ut rem commercio omnium, aut quorũdam eximat: illud enim à jure privato remotum est, nec pacto privatorum effici potest, nedũ stipulatione, *per d. l. 7. §. si paciscar. §. seq. ff. de pactis.* Ideoque coheres ille, vel qui cum tali pacto aut stipulatione subdita, rem habet, nihilominus alii promittere & tradere, & alienare potest, etiam irrevocabiliter, si nihil juris in ipsa re reservaverat sibi cohe-

res, vel is, qui pactum de non alienãdo fecerat; *Andr. Tiraquell. de retract. convent. §. 1. gloss. 7. num. 11. §. 3. gloss. unic. num. 1. 2. 3. & c. Jas. ad d. l. si quis ita 135. §. ea lege num. 20. h. tit. Erasm. Muscul. in thesau. commun. opin. ex Mariano Socyno liter. A. num. 7. Gail. observat. 137. lib. 2. à num. 16. & de-*

5 *inceps.* † Tantum de eo, quod interest, vel ad pœnam coheres, vel is, qui cum alienante de non alienando convenerat, obligatum habet, ex stipulatione, si nõ priùs sit admonitus, & sæpiùs interpellatus. *d. l. si ita quis 135. §. ea lege. d. l. qui Romæ 122. §. coheredes, ibi Dd. Jason in l. filiusfamilias. §. divi. in 2. lectu. num. 115. de legat. 1. Bartol. ad l. ea lege. Cod. de condict. ob caus. dat. Erasm. Muscul. d. liter. A. Gail. d. observat. 137. num. 16. 17. 18. & c. & observat. 16. num.*

6 *5. 6. 7. lib. 2.* † Quòd si testator in testamento prohibuit extra familiam alienari, inefficaciter is, qui prohibitus est, in extraneum alienat, quo ad id, ut persecutio ex testamento coheredibus salva maneat. *l. filiusfam. 114. §. Div. Severus 11. vers. quòd si liberis. §. seq. de legat. 1. ubi Dd. l. cùm pater 77. §. libertis. l. peto 69. §. final. ff. de legat. 2. l. pater filium. §. quindecim. ff. de legat. 3. Eberhard. à Middelburg. in loco legali 46. num. 4. & loc. 47. Zas. consil. 1. num. 50. volu. 1. per l. debitori. Cod. de pact. l. fin. §. fin autem. Authores quæ. Cod. commun. de legat. Jas. ad l. 1. num. 10. ff. de liber. & posthum. Borgnin. in tractat. de usufruct. mulieri relict. nu. 128. Felin. ad cap. ecclesia S. Mariæ. num. 81. extr. de constitut.*

7 † Verùm cùm testator jus commercii in ea re hoc modo tollere non potuerit, nihilominus prædii talis heres vel legatarius promittere potest, & promissio ejus rei facta in hoc tenet, ut cogatur dare-facere, habere-licere; & si res à coheredibus vel fideicommissariis ex testamento vindicetur, *juxta d. l. filiusfam. 114. §. cùm pater. d. l. peto 69. §. final. d. leg. cùm pater 77. §. libertis. ff. de legat. 2.* aut ob metum testamenti, vel ejus impe-

impedimentum tradere nō queat, nihilominus rectè ex ſtipulatione agetur, & ſubſequi debet condemnatio, ut cùm res non tradatur; ut id quod intereſt, vel pœna, ſi de eâ quid convenit, præſtetur. Difficultas enim præſtationis ab obligatione non liberat. *leg. 2. §. 1. verſ. ſed non facit. hoc titul.* † Nec huic contrarium eſt, quod *in l. 1. ſi id, quod dari. ff. de actionib. & obligation.* reſponſum eſt: *Si id, quod dari ſtipulemur, tale ſit, ut dari non poſſit; palàm eſſe, naturali ratione inutilem eſſe ſtipulationem:* ex inutili autem agi non poſſe: Etenim hæc regula, non de difficultate præſtationis, ſed impoſſibilitate agit; nempe de illis rebus, quæ naturâ & jure publico, ſunt cōmercio exemptæ, quæ à privatorum jure ſunt remotę, ut exempla ſubdita indicant. Teſtatoris autem arbitrium à commercio non exemit, jus publicum non introduxit, ſed modum & finem alienationi dedit: hunc obſervari voluit: quo quidem non obſervato, locus eſt pœnę, vel aliis adminiculis vi teſtamenti competentibus. Atqui conventionem, ejusque vim de ea re inter alios factam, non potuit impedire, vel in futurum ea in re tollere: ſed ſolummodò difficultatem præſtationis injicere; quâ ſublatâ, liberrimè rurſum alienari poterit, *ut ex d. l. filius familiâs 114. §. Divi. §. ſeq. d. l. peto. §. fin. d. l. cùm pater. §. libertis. d. l. pater filium 38. §. quindecim. convincitur.* † De re autem aliena majus videtur dubium. Videtur enim hanc promitti non poſſe: quòd ſi non poſſit, inutilis etiam ſtipulatio de ea foret, nec ex ſtipulatu agere liceret: hęc enim vis eſt inutilis ſtipulationis. *dict. leg. 1. §. ſi id quod dari. ff. de action. & obligation.* † Etenim *in l. ſtipulatio 38. §. quæſitum eſt. hoc titu.* Ulpianus ait: *Quæſitum eſſe, utrum propriam demum rem, an & alienam promittere quis poſſit, habere-licere? & magis*

8

9

10

esse, ut & alienam promitti possit; quæ res ita effectum habebit, si propria esse promissoris cœperit. Quare si perseveraverit aliena, dicendum erit, stipulationem non committi, nisi pœna adjecta sit: cùm neque per eum, neque per successorem ejus quicquam factum sit. Quæ verba posteriora hoc videntur innuere, rem alienam non rectè promitti,
11 nisi in eum casum, quo sit promissoris futura. † Deinde, si quis alteri promittat fundum à præstatione fiscali, vel censu liberum, seu hoc pacto in stipulationem deducto vendat, ut tributi & census præstatio incumbat promissori, stipulator fundum habeat: nihil juri fiscali detrahit: & nihilominus stipulator possessor à fisco tributi nomine convenietur.
12 *l. 1. l. 2. l. 3. Cod. sine censu vel reliqu.* † Cæterùm magis est, ut quemadmodum res aliena rectè venditur, pignori datur, commodatur, locatur, pacto transfertur, usucapione acquiritur, &c. *l. si in emptione. §. omnium. ff. de contrahen. empt. §. singulorum. §. si quis à non domino. §§. seqq. Institut. de rer. divis. l. aliena 20. ff. de pigner. actio. leg. commodare 15. & ll. seqq. ff. commod.* ita etiam res aliena rectè stipulanti promittatur. Sicut enim omnium negotiorum & contractuum causâ stipulatio intercedere potest. *l. 5. vers. cõventionales. h. t.* ita etiã omnium istarum rerum, quæ in tales contractus deduci queunt, stipulatio esse potest. Est & generalis textus, *in §. 1. Institut. de inutilib. stipulation.* dum sine distinctione asserit, omnes res tam mobiles, quàm immobiles in stipulationem deduci posse. Quinetiam Ulpianus *in l. is qui alienum 51. hoc titul.* *Is*, inquit, *qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur: sufficit enim, si dolo culpáve careat.* Quibus verbis hoc indicat, rectè servum alienum etiam, quem alius possidet, promitti, ut si ser-

vus

vus perduret esse, aut culpa promissoris ad libertatem perveniat, vel moriatur, perinde teneatur, ac si proprium servum adhuc superstitem & in eadem conditione persistentem promisisset. Nam sive possideat, sive non possideat alienum servum promissor, etsi fortasse dando dominum facere non poterit, promisit tamen tradere. *l. si rem 28. h.t.* Hoc igitur quod promisit, præstet, hoc est, tradendo det: nec difficultas præstationis eum excuset. *dict. leg. 2. §. 1. h.t.*

† Nec obstat, quod *in d. l. stipulatio ista 38. §. quæsitum est.* 13
respondit Ulpianus: cùm non de dando, sed faciendo, non quidem proprio, sed alieno promissum sit: pendet enim *d. §. quæsitum est.* ex præcedente disputatione, an alienum factum rectè promittatur? & non promitti rectè, nisi interfit, vel pœna subjiciatur, aut à proprio promissoris facto incipiat, infr. dicemus. Sic quod *in leg. 1. l. 2. l. 5. Cod. sine censu vel reliquis.* rescribitur, omnino verũ est, quo ad ipsum fiscum, cujus jus privatorum pactis, neque mutari, neque deterius reddi potuit. *leg. inter debitorem. ff. de pact.* Inter ipsos tamen contrahentes & paciscentes, quatenus ipsorum jus illud concernit, conventio valet. *d. l. inter debitorem. Joh. Borch. de pact. cap. 5. num. 54.* Neque hoc in fisco speciale est, sed in omni alio. † Etenim 14
inter coheredes convenire licet, ut singuli debitores singulis creditoribus hereditariis solvant: aut quidam tantùm, non etiam cæteri teneantur satisfacere. Hæc conventio rata quidem est, quo ad ipsos coheredes convenientes. *Jason ad l. debitorem. C. de pact.* non etiam quo ad creditores, qui non obstante tali conventione possunt à singulis hereditariis debitoribus virilem portionem petere. *leg. tale pactum. §. post divisionem. ff. de pact. leg. debitorum. leg. pacto. Cod. de pact.*

Si tamen heredes pacti sunt cum creditoribus, de quota parte debiti solvendâ, *juxta leg.7. §. si ante. §§. seqq. l.8. l.9. l.10. ff. de pact.* majoris partis conventio nocet cæteris, etiam absentibus, *ut in dict. l.7. §. si ante. & seqq. §§. ac legib. declaratur: quibus adde Borcholt dict. cap. 5. num.12. & multis seqq.* † Sic incertum conditionis, ut pacto remitti potest, ita & stipulatione, *per l.1. Cod. de pact. ubi Bart. Jas. Donell. & Stephan. Forcatul. dialog. 51. Necyom.* Incertum conditionis est illud, quod ob certæ vel incertę conditionis incertum eventum dari speratur: veluti si Licinio fideicommissum relictum sit à Philinio herede instituto præstandum, si Philinius heres sine liberis decedat. Hoc sanè fideicommissum incertum est debitum, dum Philinius vivit, & uxorem juvenem habet, cùm etiam ultimo momẽto ei liberi nasci vel posthumi fieri possint. De hoc igitur incerto conditionis remittendo, ut paciſci, ut transigere, ita & stipulationem interponere licet. Nec obstat, quòd quis fideicommissum pendente conditione repudiare non possit. *l. si ita scriptum. §. 1. ff. de legat. 2.* Ergo nec posse spem ejus, seu incertum conditionis pacto, aut transactione vel stipulatione remittere. Negatur consequens: Sunt enim separata, repudiatio fideicommissi, & remissio: quippe remissio pendente conditione etiam concessa est, *l. & heredi. §. filius famil. l. pactum. in fin. hoc titul. l.1. Cod. de pact.*

16 † Nam repudiamus id, quod nunc nobis delatum est & debetur: remittimus verò etiam illud, quod futurum speramus; ut debitum non sit, neque delatum fiat, tum quando conditio existit. *Donell. post Alciat. & alios. num.7. ad d. l.1. C. de pact.* † Sic, ne depositi agatur, ne furti agatur, & de evictione non teneatur venditor, ut de redhibendo non agatur, & ita deinceps;

ceps; ut paciſci, ſic etiã ſtipulari licet, *d.l.7.§.ſi paciſcar. §.ſeq.l.paciſci 31. ff.de pact.* † Pœnam quoq; ſtipulari li- 18
cet, ſi quid factum datúmve non erit, *§.alteri.Vſ.plane.Inſt.de inutil.ſtipul. §.fin.Inſt. de verb.oblig.* quæ pœna dicitur conventionalis. *l.aliud fraus 131.ff.de verb.ſignif. cum annota.* Cæterùm delicti cujusq; pœna autoritati juris reſervatur, nec in arbitrio reorum eſt. *l.1.§.1. ff.ad SC.Turpillia.d.l.aliud fraus 131.l.ſi qua pœna.ff.de verb. ſignif.* quanquam olim ex leg. XII. de furti pœna. *l.7. §.ſi paciſcar.ff.de pact.ubi Cujac.* item injuriarum pactio eſſet. *§.pœna.Inſtitut.de injur. juncto Gellio lib.ultim. cap.1. Cic.pro Cæcin.* & adhuc hodie liceat pacto, transactione, diſſimulatione, nedum ſtipulatione injuriæ ſuæ vindictam remittere, item omnem aliam pœnam, quæ cuique ob rem familiarem deberi poteſt. *§.fin. Inſtitut.de injur.d.l.7.§.ſi paciſcar.d.l.ſi unus 27.§.pactus.ff. de pact.* † Sic uſuram quoque ex mutui, & qualibet a- 19
liâ cauſâ ſtipulari licet. *l.3.ubi nota.C.de uſur.* modò legitimum modum non excedamus. *l.eos. Cod. de uſur.* Nam ſi excedamus ſtipulando, ejusmodi cõtractus cenſetur uſurarius, & ideò prohibitus Imperii Germanico-Romani cõſtitutionibus, in Comitiis Auguſtanis anno 1500. & anno 1530. & anno 1548. & in Reformatione politica Francofurtana: quibus conſtitutionibus quartæ partis ſortis cõmiſſione ac caducitate illicitas uſuras ſtipulantes puniuntur. Nec tamen totus infirmatur contractus, ſed quatenus eſt illicitus. Illicitus autem eſt, quatenus illicitam continet uſuram: *per l.pecunia.l.uſuras 20.l.placuit 29.ff.de uſur.l.eos. §.ſi quis autem. C.eod.l.ſi pro mutua. C.ſi cert.peta. And.Gail. obſ.4. & 5. lib.2.* † Proinde, ut jactum retis e- 29
mere, ſic & ſtipulari licet: neq; tam factũ, quàm ſpes emitur: id ſcilic. quod capi poteſt illo jactu. *l.nec em-*

ptio 8. ff. de action. empt. Ideoque inter rerum ſtipulationes hæc meritò refertur. Cujus generis etiam eſt pantherę ſtipulatio & emptio. *de qua Alciat. parerg. cap. 42. lib. 1.* Itemque ſponſio, quam vulgò vocamus eine wette/ de qua *in l. à Titio 108. h. t. l. ſi gratuitam 17. §. fin. ff. de præſcript. verb. Jaſon in l. cũ ad præſens. n. 2. de reb. cred. ſi cert. peta. Decius conſ. 116. Matthæ. de Afflict. deciſ. 389.* Nam & ejusmodi ſponſiones rectè in ſtipulationem deducũtur, & vim conditionis habent, ut quod ſponſionis cauſa promiſſum eſt, cõmiſſa ſtipulatione omninò peti poſſit, modò illicitum & jure prohibitũ non ſit, de quo ſponſione certatur. *Benev. Stracca de mercatura. verb. de ſponſionib. part. 3. per d. l. ſi gratuitam 17. in fin. d. l. à Titio 108.* ubi dotis ſtipulatio hęc, *Si qua mihi nupſerit, decem dotis ejus nomine dare ſpondes?* confertur, cum hac certatione: *Si quis in Capitolium aſcenderit, decẽ dare ſpondes?* Item, *Si quis à me decem petierit, tot dare ſpondes?* & omnes hæ ſtipulationes approbantur. Sic valet promiſſio, *Decem dare ſpondes, ſi cras pluet? Si hodie pluet?* ut multis firmat Caſtren. *in l. ſi quis cum debitorem. ff. de juresjur. Paris de Puteo in tracta. de ludo. in fin. ſui Syndic.* quia prædicta committuntur judicio communi fortunę, ut poſt Thom. de Aquin. *2. 2. quæſt. 32.* probat Jaſon. *ad d. l. cùm ad præſens. nu. 2.* & Benev. Stracca *de mercatura. verb. de ſponſionib. part. 2. & 4.* & ſic rectè jactui retis & pantheræ adnumeratur. Neq; audiendus eſt Kilianus Köning, exiſtimans, Jure Saxonico ſponſiones wetten ultra aurei Ungarici quantitatẽ fieri nõ poſſe. *arg. gl. & Landr. lib. 1. art. 6. per l. fin. C. de religioſ. & ſump. fune.* ubi tamen nihil ejus reperitur. Quã ob cauſam Scabini Lipſenſes eam ſententiam non ſequuntur, ſed honeſtas ſponſiones easque licitas ratas eſſe pronunciant, vnd haben ehrliche wetten für beſtendig vnd

kräf-

träftig erkant. † Item operarũ ſtipulatio inter res re- 21
ferretur, *in l. in ſtipulationib. 54. §. operarum. ibid. Cujac. h. t. & in l. 3. ff. de oper. liber.* Pomp. *perinde*, inquit, *operæ à libertis, ac pecunia credita petitur.* Et Ulpia. *in l. fabriles 6. ff. eod. Fabriles*, inquit, *operæ, cæteræq;, quæ quaſi in pecuniæ præſtatione conſiſtũt, ad heredẽ transeunt, officiales verò nõ transeunt.* Nõ enim ipſum ἔργον ſpectatur, ſed operę eſtimatio, & utilitas: nec aliter, quàm credita pecunia à libertis patrono debentur: Itaq; meritò rerũ appellatione veniunt, & ut res genere conſiſtentes numero dividũtur. *l. in ſtipulationib. 54. §. operarũ. l. ſtipulationes non dividuntur. h. t.* † Hinc *in l. 7. l. ſeq. l. cùm patronus 26. l. medicus* 22
26. §. 1. ff. de oper. libert. operæ non *fieri*, ſed *dari* dicũtur, & Gajus *in d. l. cùm patronus 26. ff. de oper. libert. aliud*, inquit, *eſt de operis, aliud de cæteris rebus.* His ſanè verbis manifeſtò indicat, ſe inter res etiã *operas* referre. † An- 23
tonius aũt Gomezius *to. 2. var. reſol. c. 10. de divid. & individ. nu. 23. & ſ. quibus viſis & præſuppoſitis.* refert operas inter facta. Nã cùm in antecedẽtibus prolixè de factis individuis disputaſſet, dixiſſetque, regulariter omne factum individuũ eſſe omni reſpectu: tandem ſubjicit: *Neq; promitti, neq; ſolvi, neq; deberi, neq; peti pro parte poterit opera, per l. libertus qui 15. ff. de oper. libert. quia reſpectu ipſius facti vel operis eſt individuum.* † Verum quidem 24
eſt, operam nihil aliud eſſe, quàm factum & laborẽ: & quidem, aut officialem, aut fabrilem: Officialem, quæ in nulla arte, vel induſtria, ſed in honore & adjuvando quibúscunque officiis verſatur: Fabrilem verò, quæ aliqua arte & induſtria fit, & laboranda præſtatur: & hoc genus operarum, officiũ diũrnum deſcribitur *in l. 1. ff. de oper. libert.* Sed ita eſt, abſolutè & per ſe conſideratâ operâ. Relatè autem, & quatenus patrono artificiales ſive fabriles operas pro-

mittit & præstat libertus: non factum, sed res reputantur, ut ex suprà dictis liquet: quia non factum, sed æstimatio & preciũ operæ, puta, pictoriæ, pistoriæ, sutoriæ, &c. in iis spectatur. † Sed & servitutes tam urbanæ, quàm rusticę, usus fructus, usus & habitatio, ut pactionibus, ita stipulationibus promitti ac constitui possunt. *§. fin. Institut. de servit. §. 2. vers. sine testamento. Instit. de usufruct. l. 3. §. 2. ff. eod. §. 1. Institut. de usu & habita.* Promittitur stipulatione servitus, si quis stipulanti se obliget, de constituenda tali vel tali servitute per talem & talem fundum: eaq; promissio etsi per metonymiam quandoq; dicitur servitutis constitutio, revera tamen non est, sed causa ex qua quis ad constituendum tenetur: ideoq; diem & conditionem recipere potest. *l. 4. ff. de usufruct. l. heredes. §. an ea. ff. famil. ercisc. leg. si servitus. §. fin. ff. de servi. urba. præd. l. Labeo. ff. de serv. rustic. præd.* Constituitur, quando ipsum jus utendi, fruendi, cundi, ambulandi, calcis coquẽdæ &c. ceditur interpositâ plerunque stipulatione, *uti frui? ire, agere, licere? neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus ire agere: uti frui liceat? leg. 2. §. penult. leg. in executione 85. hoc titul. Coras. ad leg. 4. ff. de servitut.* Hæc ergo constitutio ipso jure, neque diem, neque conditionem recipit. *dict. leg ubi Coras. & Forcatul. ff.*
26 *de servitut.* † Denique obligationes & actiones in stipulationem rectè deducuntur, non solùm propriæ, sed & alienæ; non tantùm confirmandi, sed & novandi causâ, ut capite præcedente disputavimus.

II. CONCLUSIO.

27 CAEterùm, † naturâ à communi hominum cõmercio, atq; ita à stipulatione, ut in eam venire ne-

re, nequeant, exemptæ sunt res, quæ neq; in rerum natura extant, neque futuræ sperantur: itemque homo liber.

§. 1. §. 2. §. 3. cum ibi nota. ab Angel. Bart. Accurs. Sneidew. Mynsi. & aliis. Inst. de inutil. stipul. l. si stipuler 35. l. inter stipulantem. §. sacram. l. liber homo 103. h. t. l. domum. ff. de cõtrah. empt. l. 1. §. si id quod. ff. de act. & oblig. † Ejusmodi est hippocentaurus. *d. §. 1. Institut. de inutil. stipulat.* Quid enim si quis ita stipuletur *ea die te sisti? nisi stiteris, hippocentaurum dari spondes?* perinde est ac si nulla pœnalis stipulatio subdita esset, & planè hæc adjectio hippocẽtauri est inutilis. *l. si ita stipul. 97. h. t.* Duæ sunt stipulationes, quia duæ res in eam deducuntur. *l. quod dicitur. l. scire debemus. h. tit.* una facti, *te sisti?* altera rei, *hippocentauri*, ut pœnæ causa debeatur, si non stiteris: illa quidem utilis, per hanc inutilem non vitiatur. *l. si ita stipulatus 126. §. fin. h. t.* Sed ipsa vitiosa est nulliusq; momenti. *d. l. si ita stipulatus 97. h. t. d. §. 1.* Impossibile enim per naturam est, ut, quod in rerum natura non invenitur, neq; secundùm naturæ ordinem futurum speratur, in commercio hominũ existat. Quòd autem hippocentaurus in rerum naturâ non sit, neq; secũdùm naturæ ordinem speretur, ex Galeno probat Alcia. *libr. 9. parerg. c. 13. Quis*, inquit, *hippocentaurum fuisse, aut Chimæram putat?* Et Cic. *libr. 1. de natura Deor.* C. Cottæ, seu Academicorum sententiam adversus Epicureos, speciem Dei tantùm cogitatione percipi, non sensu; ut in hæc intenta mens beatam illam naturam & sempiternam putet, asserentes, recitans, ita pronuntiat: *Hoc per ipsos Deos, de quibus loquimur, quale tandem est? nam si tantummodo ad cogitationem valent, nec ullam habent soliditatem, nec eminentiam: quid interest,* 28

utrum de hippocentauro, an de Deo cogitemus? Omnem enim talem conformationem animi, cæteri philosophi motum inanem vocant &c. Et *de divinatio. lib. 2. Sed sit hoc fictum*, inquit, *quid? in nubibus nunquid animadvertisti leonis formã, aut hippocentauri?* Et *lib. 1. Tusc. quæstio.* disserens, non dolere mortuos, si deleantur ita, ut etiam penitus intereãt: *Qui enim*, inquit, *satis viderit, id quod est luce clarius, animo & corpore consumpto, totoq; animante deleto & facto interitu universo, illud animal, quod fuerit, factum esse nihil; is planè perspiciet, inter hippocentaurum, qui nunquam fuerit, & regem Agamemnonem nihil interesse* &c. q. d. Si mortui penitus delerèntur & interirent, nec anima persisteret immortalis: inter hominem mortuum, & rem, quæ nunquam in rerũ natura fuisset, cujusmo-
29 di hippocentaurus est, nihil interesset. † Nec huic contrarium est, quod C. Plinius *Natur. histor. lib. 7. cap. 3.* scribit: *Claudius Cæsar*, inquit, *scribit, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interisse. Et nos principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Non ejusmodi fuit Hippocentaurus, de quo poëtæ fabulantur, & ad quem Justinianus *in d. §. 1. Inst. de inutil. stipulat.* exempli gratia respexit. Scribunt enim poëtæ, hippocentauros esse homines in Thessalia juxta Pelion montem anteriore parte hominum, posteriore equorum effigiem referentes: Sed monstrum fuit, sive ex homine, sive ex equâ natũ, quod subitò obiit: cujus generis etiam varia exempla Livius passim refert: ut quòd ex equâ, animali bellicosissimo, lepus, animal fugacissimum; ex vaccâ vitulus humanam faciem referens enatus: & Alcippe elephantum, ancilla inter initia Marsici belli serpentem peperit. C. *Plinius d. cap. 3. libr. 7.* & quòd de monstro loquatur, *ex*
30 *eod. c. 3. Plinii* liquet. † Talé autem monstrum quem

sperare

sperare néque decet, neq; oportet: nec ideo in commercio esse oportet: cùm talia natura pecçans in excessu vel defectu, vel monstrando aliquid præter suum ordinem edat, ac potius detestetur, quàm approbet, *argum. l. non sunt liberi 14. ff. de statu homin. l. ostentum 38. cum annotat. de verb. signific.* Imò monstra sunt παρεκβάσεις naturæ & παίδεγα, & revçra illud non sunt, quod ostendunt, sed phantasma, sed portentũ, sed prodigium. *d. l. ostentum 38. Levin. Lemnius de occult. natu. miracul. cap. 8. & 15. Julius Scaliger exercitat. ad Cardan. 131. sect. 4.* † Divo Antonio Eremitæ apparuisse 31
hippocentaurum ex D. Hieronymo (si ille liber Hieronymi est) quidam narrant. Sed nec illud probat, revera in rerum natura existere hippocentauros: spectrum fuit, sanctum virum tentans. Nõ ergo tale quid in commercio est: nisi ipsum dixeris Diabolũ in commercio hominum esse, & ut mancipiũ emi, vendi, pignori dari. Quod ut impium est, ita periculosum asserere. Latro est, hostis humani generis: nec societate humana ejusq; justo & honesto commercio, sed scelere & improbitate delectatur. † Homi- 32
nem deinde mortuum dare vel sisti per naturam frustrà & stipulamur & promittimus. *leg. si homo 69. h. t. d. l. 1. §. si id quod. ff. de act. & oblig.* Homo quippe jam non est: cadaver est. Et quamvis piè rectéque credimus, certóq; futurum est, ut è morte ad vitam æternam excitemur: nec tamen propterea ulla vis est hujus promissionis, quia sit aliquando homo futurus. Etenim in illa vita nõ erit tale hominum commercium, non ement, non vendent, non nubent, nõ ducent, sed erũt sicut angeli Dei in cælis. *Matth. 22. ℣. 30.* Sed hæc ita sunt, nisi mortuus etiam servus debeatur, ut de eo reus possit cõdemnari, perinde ac si su-

perstes esset, ut accidit furi, prædoni, malæfidei possessori culpâ vel dolo interficienti, & ei, qui in mora est. *l. nemo 82. §. 1. l. si ex legati 23. h. t. l. in re. §. 1. l. ult. ff. de cõdict. furti. l. si servum 91. § sequitur. h. t.* tum enim si Stichũ stipuler, qui mortuus est, utiliter stipulari videor, ut in id, quod interest, sequatur condemnatio, aut in pœnam, si qua subdita est. Etenim tum per metonymiam hominem pro ejus æstimatione & accessione tum ἀναφορικῶς, si pœnam loco ejus, quod interest, subjeci, stipulatus censeri queo. *l. inter stipulantem 83. §. Stichum. ubi Donell. Alciat. & alii. h. tit.* Et illud etiam est, quod *in l. si stipulor 35. vers. ut detur. h. tit.* Paulus respondet: *Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quàm cùm stipulor, ut detur, quod dari non potest: nisi per quem stetit, quo minus id facere*

33 (dare) *possit.* † Multò minus valet promissio hominis non morituri. *l. non moriturum. Cod. h. tit.* talem e-

34 nim dare per naturam est impossibile. † Quod in tantum verum est, ut nec promissio hominis mortui, nec hominis nunquam morituri pœnali stipulatione nunciatur. *d. l. si homo 69. h. t.* Non enim committi potest rei impossibilis pœna. *dict. leg. si homo 69.*

35 † Quid, an pœnalis subdita redditur impossibilis vel inefficax per præcedentem stipulationem de re impossibili, vel per se inefficacem? Sanè id plurimi credidêre, *per hunc text.* At resistit, quòd duæ sint hæ stipulationes, una possibilis, ut centum exempli gratiâ dentur; altera impossibilis, ut si centum non dentur, immortalis homo detur: tot enim sunt stipulationes quot res. *l. quod dicitur. l. scire. h. tit.* neque utilis per inutilem vitiatur. *leg. 1. §. penult. l. stipulatio ista. §. al-*

36 *teri. h. t.* † Deinde, qui scientes hominem mortuum, vel nunquam moriturum in stipulationẽ deducunt,

& nisi

& nisi detur, vel sistatur, pœnam centum: videntur similem illi stipulationi, *si digito cælum non attigeris?* contraherc: quam statim committi & valere *in l. 7. h. t.* responsum est. Sed magis est, ut dicamus, videri joco contrahi talem stipulationem, nec omnino similem esse illi, *si cælum digito non attigeris?* nisi seriò rē agi demonstretur. Sed nec tunc valebit hæc pœnalis stipulatio: quia quæcunque rei impossibilis seu propter rem impossibilem pœna est promissa, ea per se ipsa quoque impossibilis est, cùm committi nequeat: *per l. stipulatio hoc modo 61. l. quidam cùm filium 132. hoc tit.* Est enim pœna noxæ & delicti, etiam cōventionalis (nam per conventionem mora instar delicti constituitur. *l. magnam. C. h. tit. l. vinum. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. 6. ff. de condit. & demonst.*) vindicta. *l. aliud est fraus. §. 1. ff. de verbor. signific.* Atqui in impossibilis rei promissione, nulla noxa, nullum delictū, nulla fraus, nulla mora, nulla culpa. *d. l. si stipulor. h. tit. l. 6. l. in testamento 27. ff. de condit. & demonst.* & ut Pompon. *in d. l. 6. ff. de condit. & demon.* ait, *Mulcta ex testamento non committitur ab herede vel legatario, qui ejus commination Titii arbitratu monumentum facere debet: si Titius jam non vivat, aut arbitrari nolit.* Igitur etsi centum dare possibile est: tamen cùm non simpliciter, ut quantitas, sed ut pœna & moræ culpæque coërcitio solvi debeant, impossibile est, ut deberi queant: quia nullum factum est, quod pœnam meruisset, & ex quo possit stipulatio pœnalis ista committi. *per d. l. 6. d. l. in testamento 27. ff. de condit. & demonst. fac. l. stipulatio hoc modo 61. hoc tit.* † Aliud exemplum de ædibus 37
deustis proponitur *in d. l. 1. §. si id quod. ff. de act. & oblig.* cui consentit *l. domum 57. ff. de contrah. empt.* † Adjeci 38
hîc etiam, hominem liberum ex l. inter stipulantē.

§. sacram. h.t. §. 2. Inst. de inutil. stipul. Par enim omnium hominum conditio est, si naturam intueamur. *§. jus autem gentium. Inst. de jur. natur. gent.* Quatenus autem servorum commercium est, illud acceptum ferendum est juri gentium, mancipiorum statum introducenti. *d. §. jus autem gentium. l. manumissiones. ff. de just. & jur. §. 1. 2. 3. Instit. de jure person.* In liberis autem hominib. jus naturale integrum manet. Itaq; hi in cõmercium venire non possunt, sicuti mancipia: quia naturalis & primæva ratio propter æqualem hominum conditionem & parẽ originem non patitur, ut homo in hominis sit commercio. Hominis proinde gratiâ omne jus constitutũ est: hominis gratiâ omnia sunt condita: homo verò propter ipsum Deum. *§. in pecudum. Inst. de rer. divis.* Sicut ergo propter hanc rationem jure etiam gentium absurdũ putatur, ut partus ancillæ, quia homo est, sit in fructu. *d. §. in pecudum*: ita multò magis utroq; jure ἀδύνατον erit, hominem liberum in liberi hominis esse patrimonio atq; mercimonio: cùm emere, vendere, pignori dare, locare, sit fructus rei. *l. fin. ff. de usur.* Quinimò hinc est, ut homo liber neq; dari neq; æstimari queat. *l. liber homo 103. h.t.* ideoq; nec in stipulationem deduci: quia, quæ res dari nequit, ea nec promitti. *d. l. si stipulor 30. h.t.* Quod in tantũ vœrum est, ut non distinguatur, an inter ignorantes, vel scientes stipulatio de homine libero sit contracta: Utroq; casu inutilis est stipulatio. *d. §. 2. d. l. liber homo 103. d. l. inter stipulantem. §. sacram.* tametsi *in l. 1. §. si id quod. ff. de actio. & oblig.* tantummodo fiat mentio ignorantiæ: suppleri quippe debet ex cæteris locis: Exempli causa *in d. §. si id quod.* fit mentio ejus, non ut regulam coarctet & restringat, sed declaret. Nec hac in re par ratio est stipu-

stipulationis & contractus empti-venditi: equidem earum rerum, quæ haberi possideriq; jure non debent, nec possunt, emptio-venditio inter scientes nulla; inter ignorantes eatenus est, ut ignoranti emptori vẽditor, sive sciat, sive ignoret, teneat de eo q̃ interest: cũ sit bonæfidei contract⁹. *l. 4. l. liberi 70. ff. de cõtrah. empt. & vend.* quippe hoc illo contractu agi ob bonam fidẽ censetur, ut vẽdita res p̃stetur, aut si talis sit, quæ dari præstariq; non potest, id solvatur, q̃ interest: Impunè. n. emptor decipi non debet. † Atqui 39
in stipulationẽ dandi, id, q̃ interest, nõ venit, ne q̃dẽ per interpretationẽ, nisi de eo cõvenit quoq;, vel ita cõcipiatur, ut vim faciendi habeat, *p̃ l. 2. l. quicquid 99. h. t.* cùm stricti sit juris. Hinc Pauli responsum *in l. si sic stipulatus 93. h. t.* non de homine libero, sed servo accipiendum est, quando ait: *si sic stipulatus fuero, per te non fieri, quo minus hominem ex his, quos habes, sumam? electio mea erit.* Nec ad rẽ pertinet, posse liberos in quasi servitute esse, & bona fide possideri: igitur tali casu posse etiam promitti. *§. item placet. Inst. per quas person. nob acquir.* Ulpianus *t. 19.* Promitti quidem potest hoc casu homo liber, sed ita ut bona fides perduret, donec tradatur. Manifestatâ autem veritate stipulatio ostenditur retrò nulla. *d. l. liber homo 103. d. l. inter stipulantem. §. sacram. l. is qui 51. h. t.* † Sed nec huc facit *t. C.* 40
de patrib. qui filios distrax. Jure non permittitur patribus filios distrahere, nisi sanguinolentos, hoc est, ἐξ ὠδίνων καὶ μητρῶν, ex recenti dolore parientis, & à partu adeò recentes, & adhuc matricis sanguine maculati appareant: non absolutè, sed summâ urgẽte necessitate inopiæ. *l. 1. l. 2. C. de patrib. qui filios distraxe.* & quidẽ sine ingenuitatis jacturâ, cùm & in libertatem sic venditus possit se vindicare, ac vindicari refuso precio, *d. l. ult. l. abdicatio 6. l. fin. C. de patria potest.*

III. CONCLUSIO.

41 *Gentium† jure eximuntur commercio mare, littus maris, flumina publica, aer, aqua profluens, & si quæ ejus generis alia.*

§.1.2.3.4.5.6. & c. Instit. de rer. divis. l.1.2.3. & tot. tit. Dig. eod. §.1.§.2.§.3. Instit. de inutil. stipula. §. fin. Instit. de empt. vend. Nullum harum rerum jure gentium est commercium: quia nequeunt naturâ suâ in singulorum dominio patrimonioque existere, quamdiu in eadem causa perseverant, ut pluribus dixi *ad leg. 5. ff. de verb. signific.*

IIII. CONCLUSIO.

42 *Publico† jure, in stipulationem non veniunt res sacræ, religiosæ, sanctæ & si quæ aliæ publico usui & opportunitati destinatæ.*

§. universitatis. §. sacræ. §§. seqq. Instit. de rer. divis. l.1. eod. dict. §.1.§.2. Instit. de inutil. stipula. l. inter 83. §. sacram. h. t. quibus adde, quæ annotata sunt *ad l. 5. ff. de verborum significatione.*

V. CONCLUSIO.

43 *Sed† & hostium res, quæ nostræ non sunt, neq; fuêre, frustrà stipulamur nobis dari, nisi aliquo casu nostræ fieri possint.*

Liber homo 103. in fin. ubi Dd. post gloss. hoc titu. l. ab omn. 104. §. etiam. ff. de lega. 1. Johan. Robert. lib. 1. sent. jur. capit. 17. Zas. ad leg. id quod 9. ff. de lega. 1. Nam quæ à nobis haberi ac possideri non queunt, frustra stipulamur. *d. l. stipulor 30. hoc tit.* Res autem hostium, nisi aliquo casu nostræ fieri queant, à nobis neque haberi, neq; possideri queunt. *dict. l. liber homo 103. h. t.* Nec ad rem facit,

cit, posse aliquando res hostium per occupationem nostras fieri: tum sanè agri cedunt priùs publico: deinde possunt fieri venales, at non ut hostium, sed ut populi agri. *l. in agris 16. ff. de acquir. rer. domi. l. captivus 20. §. 1. ff. de capti. & postlim. reversi. Cujac. observ. 9. lib. 2.*

† Sanè rem nostram, quæ apud hostes est; veluti; si 44
servus meus captivus sit, aut fundus meus occupatus, quin vendere & in stipulationem deducere possimus, non est dubitatio. *l. ult. ff. de act. empt. l. item Labeo. § ultim. l. seq. ff. famil. erciscu.* quia & legare, & in hereditate, & per fideicommissum relinquere possumus. *d. l. item Labeo. §. ult. l. seq. ff. famil. erciscu. l. id quod 9. l. servus ab hostib. 98. ff. de lega. 1.* † Sic Livius *lib. 6. decad. 3.* 45
scribit, Romæ agrum, in quo Annibal castra haberet, vænisse, nihil ob id deminuto precio: idque adeò superbum atque indignum visum Annibali ejus soli, quod ipse bello captum possideret haberetque, inventum Romæ emptorem, ut extemplo, vocato præcone, tabernas argentarias, quæ circa forum Romanum tunc essent, jusserit vænire. † Fit au- 46
tem illud jure postliminii; ut quemadmodum eum heredem, qui apud hostes est, instituere possumus, qui reversus heres fiat, ac si semper medio tempore in civitate fuisset. *dict. l. servus ab hostib. 98.* sic etiam servi, fundi, navis ab hostibus captæ valent & legatum & promissio, ut debeantur quàm primùm postliminio recipiantur. *d. l. servus ab hostib. l. in agris. ff. de acqui. rer. domi. l. cum duæ 14. & ll. seqq. l. postliminium 19. l. seq. ff. de captiv. & postlim. & redem. l. 2. l. ab hostib. 12. l. sicut 10. C. de postlim. reversi.* Est quidem difficilis ejus præstatio, sed non est nulla. *d. l. fin. ff. de act. empt.* Et in eo facilè cõveniunt omnes: *ut apud Jas. nu. 2. Bart. Zas. Donell. Duar. & alios ad dict. leg. liber homo 103. hoc tit. & Zas. ad dict. l. id*

quod 9.ff.de leg.1 ibid. Jaſ. Johan. Robert. d. cap. 17. lib. 1 ſenten.

47 *jur. videre eſt.* †At ſi res hoſtium ſit aliqua, quæ nunquam noſtra fuit, vehementiùs dubitatur. Quidam putant, aliud obtinere in legatis & ultimis quibuscunque voluntatibus, *per d.l. ab omnib. 104. §. etiam. ff. de lega. 1.* quia ſi aliquo caſu comparari, ſive emi poſſit, legatum valere: aliud verò in ſtipulatione, quia ne quidem valere eam, ſi emi aliquo caſu ab hoſte poſſit. *per d.l. liber homo 103.* Diverſitatis rationem ſumũt ex favore ultimarum voluntatum: quas oportet pleniùs interpretari *l. in teſtamen. 12. ff. de reg. jur.* Sed quàm inefficax illa ſit diverſitatis ratio, plus quàm manifeſtum eſt. Etenim ſi ab interpretandi ratione ampliore vel ſtrictiore rectè argumentaremur, oporteret idem in cæteris quoq; rebus obtinere: imò in quemlibet bonæfidei contractũ hoſtilem fundũ deducere liceret, tametſi in contractũ ſtrictum non

48 rediret: item nõ hęc eſſet regula ſtatuenda: †Omnia, quæ legari & fideicommitti poſſunt, rectè etiam ſtipulamur. *l. cũ ſervus 39. §. fin. l. cætera 41. §. 1. ff. de leg. 1. ſi ſtipulor 30. h. t.* Sed illa omnia in ſtipulatione obtinent, quæ in legatis: & contrà, niſi uſpiam ſpecialiter aliquid exceptum inveniatur, *per l. cũ quidam. C. de verb. ſign. d. l. cætera 41. §. 1. d. l. cùm ſervus 39. §. fi. d. l. 1.* Meritò igitur Zaſ. & ipſe Barto. & Jaſ. ab hac ſententia, licet

49 gloſſæ & frequentiore diſceſſêre. † Angelus autem arbitratur, Sabinum *in d. l. ab omnib. §. etiam.* agere non de reb. quæ ſemper hoſtium fuêre; ſed quæ noſtræ erant, nunc verò captæ, ut ita idem contineant quod *in d. l. ult. ff. de act. empt. d. l. id quod 9. d. l. ſervus ab hoſtib. ff. de*

50 *leg. 1.* reſponſum eſt. † Rectè Zaſius cõtrà *in d. l. id quod 9. ff. de leg. 1.* exiſtimat, & has res, quæ ſemper hoſtium fuêre, rectè & legari & ſtipulatori promitti: ſi aliquo

caſu

casu emi possint: Et hanc veram esse Sabini mentẽ, ipsa etiam verba evidenter clamant. At non rectè ita exponit, quasi Sabinus per illa verba, *si aliquo casu emi possint*, intelligat conditionem expressam, vel tacitam legati & stipulationis. Putat ille distinguendũ esse hoc modo: aut purè rem hostium promittimus, non intuitu ejus casus, quo possit nostra fieri, & tum nullius momenti esse, *d. l. liber 103. h. t.* aut sub conditione, si ad nos aliquando sit perventura, sive, quod idem est, si nostra erit, *d. l. ab omnib. 104. §. etiam. ff. de leg. 1.* Sed malè: Nõ enim verba sunt legantis, *si aliquo casu emi possit in d. l. ab omnibus 104. §. etiam.* Sed JCti Sabini: neque formulam legandi his verbis describit, sed qualitatem rei: q. d. eo casu legari posse, quo & emi poterit, hoc est, quando res hostium in ea conditione fuerit, ut ex aliquo contractu ad nos pertinere queat: ut rectè & Doncll. *in d. l. liber 103.* & Joh. Rober. *d. cap. 17. lib. sent. jur. 1.* interpretati sunt, pro quo facit *l. generaliter 24. §. 1. ff. de fideicommiss. libert.* † Quod maximè locum habet in rebus mobilibus: nam omnium rerum mobilium hostilium nobis cum barbaris & hostibus commercium est *l. 4. C. de commer. & mercato.* paucis quæ nostræ sunt, exceptis, veluti iis, quæ ad arma & victum attinent, ut constat *ex tit. Cod. quæ res exportan. non deb. l. cotem 11. ff. de publican. & vectigal.* Item aurum ab illis comparare licet, sed non contrà nostrum illis vendere, ut exportetur. *leg. 2. Cod. de commerc. & mercato.* Eoque spectat constitutio *in l. unic. C. de littor. & itiner. Castod. lib. 12.* & constitutiones Imperii Germanico-Romani, quibus prohibetur exportatio auri argentiq;, tã signati, quàm infecti, uti anno 1551. Augustæ Vindelicorũ, §. Im fall aber die 51

valvation. & anno 1559. tit. daß hinfüro kein vnvermünzt ꝛc. §. nachdem auch durch etliche. §. wer aber. §. wird auch). sancitum est. Et optandum esset ut accuratè *d. l. unic. & d. tit. C. quæres exporta. non debe. d. l. cotem 11.* observarentur, ut ex orbe Christiano nihil ejus exportaretur ad Turcam, & alios paganos hostes Christiani nominis hereditarios. Res, inquam, mobiles cujuscunque sint generis, rectè comparamus ab hostibus & barbaris, modò vicissim nihil eis demus specialiter, ut ad barbaros exportetur, prohibitum. Igitur, quælibet res hostium mobilis legari & promitti potest; quia aliquo casu etiam emi quit.

52 † Sed non idem juris esse in fundo hostili plerique arbitrati sunt: tum quia apud hostes nobis fas non est quicquam possidere, tum quia res immobilis ab hostibus ad nos huc transferri non potest. Cujus autem rei non est possessio, neque traditio, ejus nec stipulatio nec legatum est. *dict. l. si stipulor 30. hoc t.* Deinde *in d. l. homo liber 103. h. t.* disertè expressum est, *fundi hostium* stipulationem nō magis valere, quàm hominis mortui. Hominis autem mortui per naturā indistinctè nulla est obligatio. Ego verò arbitror, idem de fundo, quod de cæteris rebus, affirmandum esse: regulariter quidem ejus non esse legatum, nec stipulationem, nisi quo casu emi potest. Nec dubito, aliquo casu posse hostilem étiam fundum emi. Fit enim, ut qui priùs amici, vel fœderati erant, pòst fiant inimici. Exemplo sint Campani in secundo bello Punico; sit Philippus rex Macedoniæ, & filius ejus Perseus: sint Carthaginenses ante primum & tertium bellum Punicum. Quo sanè tempore possunt vel successione, vel mercimonii causa apud nos fundos comparare ac possidere, nec nō vicissim nos

apud

apud ipsos. Et induciarum tempore circa limites, quin hinc inde liceat comparare fundos, nullibi prohibitum est. Quid vetat ejusmodi fundos ab hostibus comparare? Quid vetat illos possidere? Quid impedit illos dari? Nec sanè dici potest, tales fundos manucapi jure belli & publicari: cùm jus gentium & rerum dominia citra hostilem occupationem intacta nobis cum hoste permaneant. Etsi confertur fundus hostium cum homine mortuo: illud tamen tam exactè non probat, sine omni distinctione fundum hostium non posse aliquo casu venire, aut rectè promitti: cũ & mortuus queat aliquo casu jure in stipulationem deduci: *ut suprà dictum est ex l. inter stipulantem. §. pen. h. t.*

VI. CONCLUSIO.

NEmo† quoq; rem suam utiliter in eum casum, 53
quo sua est, stipulatur, tametsi pretium ejus, aut sibi restitui rectè stipulari videatur.

l. nemo 82. l. nemo 87. h. t. §. item nemo. Instit. de inutil. stipula. Nam quod semel meum est, amplius meum fieri non potest: *l. 3. §. non ut ex plurib. ff. de acquir. posses. l. non ut ex plurib. ff. de reg. jur.* at possessio ad nos ex pluribus causis pertinere potest. *dict. l. non ut ex pluribus. dict. leg. 3. §. non ut ex pluribus.*† Ideoq; mirum non est, cur rem 54
meam in eum quoque casum, quo mea est, possim stipulari mihi tradi, non autem dari: siquidem tradi stipulamur, non ut res nostra fiat, & proprietatem accipiamus à dante: sed ut tradatur possessio ejus rei vel detentio. *l. si rem 28. h. t.*† Aliud etiam est precium, 55
aliud ipsa res, tametsi tantum quisque in bonis habere dicatur, quantum pecuniæ ex iis confici potest, h. e. quanto precio æstimantur. *l. tantum quisq; de verb.*

signific. Atquin alio casu nostra interest, ut quamvis rem habeamus, precium tamen nobis debeat præstari: veluti, si rem vivo testatore emissem, quæ mihi legata est: cùm jam ex mente testatoris preciũ consequi debeam: voluit enim sine onere rem meã fieri. *§. si res aliena legata. §. seq. Instit. de lega.* quid vetat
56 hoc casu rei meæ precium ab herede stipulari? † Qui proprietatem sine usufructu habeo fundi alicujus, rectè usumfructum mihi dari stipulor. *l. eum qui 56. §. qui proprietatem. h. t.* Etsi quidem mihi hic ususfructus, ut servitus, deberi non potest, sive ut pars dominii juris, h. e. ut species dominii, quia eo sensu servitus est: *l. rectè dicimus, cum ibi not. a. de verb. signific. l. 4. ff. de usufruct.* cùm nemini res sua serviat. *l. nemo 39. ff. de serv. urban. prad. §. 1. & §. fin. Instit. de usufr.* tamen ut pars h. e. accessio proprietatis, rectè deberi potest. *per l. qui*
57 *usumfructum 58. h. t.* † Sic possum ab uno fundum nudum stipulari, ab altero eundem unà cum usufructu: cùm plus sit in una quàm altera stipulatione, & similis videar ei, qui partem & totum stipulatur. *d. l. eum qui 56. l. si à te. d. l. qui usumfructum.*
58 † Sic etiam à fure rectè stipulor rem meam mihi dari, modò condictionis furtivæ intuitu ita stipuler: puta, *quòd te mihi ex ea condictione dare facere oportet?* vel, *rem meam, quam mihi furto surripuisti, dare spondes? l. scire debemus 29. §. fin. h. t. ubi Donell. & alii.* In re enim furtiva jus singulare receptum est propter odium ejus, ut rem non solùm vindicare ab eo, sed & condicere liceat, cùm aliâs rei suæ non sit domino condictio. *§. sic itaq; Instit. de act.* Quod si detracta furti demonstratione simpliciter stipulatus quis est, *rem suam sibi dari?* licet à fure; inutilis tamen pronunciatur stipulatio, quòd non adjecta causa rem suam sibi dari stipulatus sit: nisi aut

novan-

novandi animo intercedat, aut morę purgandę causa: quo utroq; casu, si fatali casu postea res furtiva intereat, evanescit cõdictio furtiva, durat ex stipulatu actio. *d. l. scire debemus 29. §. fi. h. t.* † Cæterũ si quis rem 59
suã in cũ casum stipulatur, quo sua futura nõ est, aut sub conditione, & tum quando conditio illa existit, non sit amplius in stipulatoris patrimonio: utique ab initio firma intelligitur. *d. l. si rem 31. d. l. nemo 82. d. l. nemo 87. h. t. §. 2. d. §. item si nemo. Instit. de inutil. stipul. Jul. Pacius cent. 6. antinom. quæst. 7.*

VII. CONCLUSIO.

NEque † solùm acquirendam, sed & ut repudiata sit vivẽtis hereditas, malè stipulamur, 60
ac promittimus, nisi milites, in aciem pergentes, quoquo modo ultimam nostram voluntatem, mortísve causâ donationem declarantes, fortasse contrahamus.

l. ex eo. C. de inutil. stipulat. l. stipulatio 61. l. quidam cum 132. h. t. l. qui superstitis. ff. de acquir. hered. l. fin. de suis & legit. §. fin Instit. de leg. agna. succes. l. pactum quod. l. licet. l. ultim. ubi Dd. omnes. C. de pact. l. pact. C de collatio. l. hereditas 5. C. de pact. conven. tam super dote. Andr. Tiraquell. de primog. quæst. 6. & seqq. Johann. Borch. de pact. cap. 5. numer. 59. 60. 61. 62. 63. 64. † Quadruplici quidem modo de viventis 61
hereditate & paciscimur & stipulationes interponimus: 1. aut enim hoc agimus, ut acquiramus eam totam vel pro parte: 2. aut ut eam repudiemus atq; omittamus: 3. aut cùm legitimo jure ad nos pertinere debeat, eam nobis conservemus: 4. aut deniq;, ut deferendam & acquirendã certo modo inter nos dividamus, *l. fin. & ibid. Jas. Donell. C. de pact. Georg. Natta in*

signific. Atquin alio casu nostra interest, ut quamvis rem habeamus, precium tamen nobis debeat præstari: veluti, si rem vivo testatore emissem, quæ mihi legata est: cùm jam ex mente testatoris preciũ consequi debeam: voluit enim sine onere rem meã fieri. *§. si res aliena legata. §. seq. Instit. de lega.* quid vetat
56 hoc casu rei meæ precium ab herede stipulari? † Qui proprietatem sine usufructu habeo fundi alicujus, rectè usumfructum mihi dari stipulor. *l. eum qui 56. §. qui proprietatem. h. t.* Etsi quidem mihi hic ususfructus, ut servitus, deberi non potest, sive ut pars dominii juris, h. e. ut species dominii, quia eo sensu servitus est: *l. rectè dicimus, cum ibi nota. de verb. signific. l. 4. ff. de usufruct.* cùm nemini res sua serviat. *l. nemo 39. ff. de serv. urban. prad. §. 1. & §. fin. Instit. de usufr.* tamen ut pars h. e. accessio proprietatis, rectè deberi potest. *per l. qui*
57 *usumfructum 58. h. t.* † Sic possum ab uno fundum nudum stipulari, ab altero eundem unà cum usufructu: cùm plus sit in una quàm altera stipulatione, & similis videar ei, qui partem & totum stipulatur. *d. l. eum qui 56. l. si à te. d. l. qui usumfructum.*
58 † Sic etiam à fure rectè stipulor rem meam mihi dari, modò conditionis furtivæ intuitu ita stipuler: puta, *quòd te mihi ex ea condictione dare facere oportet?* vel, *rem meam, quam mihi furto surripuisti, dare spondes? l. scire debemus 29. §. fin. h. t. ubi Donell. & alii.* In re enim furtiva jus singulare receptum est propter odium ejus, ut rem non solùm vindicare ab eo, sed & condicere liceat, cùm aliàs rei suæ non sit domino condictio. *§. sic itaq; Instit. de act.* Quod si detracta furti demonstratione simpliciter stipulatus quis est, *rem suam sibi dari?* licet à fure; inutilis tamen pronunciatur stipulatio, quòd non adjecta causa rem suam sibi dari stipulatus sit: nisi aut

novan-

novandi animo intercedat, aut morę purgandę causa: quo utroq; casu, si fatali casu postea res furtiva intercat, evanescit cõdictio furtiva, durat ex stipulatu actio. *d. l. scire debemus 29. §. fi. h. t.* † Cæterũ si quis rem 59
suã in cũ casum stipulatur, quo sua futura nõ est, aut sub conditione, & tum quando conditio illa existit, non sit amplius in stipulatoris patrimonio: utique ab initio firma intelligitur. *d. l. si rem 31. d. l. nemo 82. d. l. nemo 87. h. t. §. 2. d. §. item si nemo. Instit. de inutil. stipul. Jul. Pacius cent. 6. antinom. quæst. 7.*

VII. CONCLUSIO.

NEque † solùm acquirendam, sed & ut repudiata sit vivẽtis hereditas, malè stipulamur, 60
ac promittimus, nisi milites, in aciem pergentes, quoquo modo ultimam nostram voluntatem, mortisve causâ donationem declarantes, fortasse contrahamus.

l. ex eo. C. de inutil. stipulat. l. stipulatio 61. l. quidam cum 132. h. t. l. qui superstitis. ff. de acquir. hered. l. fin. de suis & legit. §. fin Instit. de leg. agna. succes. l. pactum quod. l. licet. l. ultim. ubi Dd. omnes. C. de pact. l. pact. C de collatio. l. hereditas 5. C. de pact. conven. tam super dote. Andr. Tiraquell. de primog. quæst. 6. & seqq. Johann. Borch. de pact. cap. 5. numer. 59. 60. 61. 62. 63. 64. † Quadruplici quidem modo de viventis 61
hereditate & paciscimur & stipulationes interponimus: 1. aut enim hoc agimus, ut acquiramus eam totam vel pro parte: 2. aut ut eam repudiemus atq; omittamus: 3. aut cùm legitimo jure ad nos pertinere debeat, eam nobis conservemus: 4. aut deniq;, ut deferendam & acquirendã certo modo inter nos dividamus, *l. fin. & ibid. Jas. Donell. C. de pact. Georg. Natta in*

repet. c. quamvis. part. 2. in princ. de pact. in 6. Joh. Ram. in dict. cap quamvis. in princ. num. 1. Joh. Borch. de pact. dict. cap. 5. nu. 60. Omnibus his modis regulariter & pacisci & stipulari ac promittere de viventis hereditate prohibitum est: tum, quia nulla est viventis & superstitis hereditas, neq; talis futura in ejus vita speratur. *d. leg. qui superstitis. ff. de acquir. hered.* Quod autem non est, neq; futurum speratur, frustra stipulamur. *§. 1. §. 2. Instit. de inutil. stipul. l. si stipulor 30. hoc tit.* tum quòd talis conventio continet votum captandæ mortis. *l. pactum quod. l. licet. l. ult. C. de pact.* quod genus conventionis improbatur & naturâ & jure, ut turpissimum & inhonestissimum. *l. generaliter. h. t.* tum quòd liberam testandi facultatem adimit. *d. l. pact. quod. d. l. licet. d. l. ult. d. l. hereditas. C. de pact. conven. tam super dot. l. pact. C. de coll. Jaf. & Donell. post Bart. Bald. Salyc. ad l. pactum quod. d. l. licet. & d. l. ult. C. de pact. Alvaro. ad c. 1. de filiis ex matrimo. ad morga. contra. nat. in usib. feud. Franc. Sonsbec. de feud. part. 9. num. 50. & seqq. Georg. Natta. ad dict. cap. quamvis. nu. 92. de pact. 6. & ibid. Johann. Rama. num. 2. & seqq. Dd. ad leg. stipulatio hoc modo. h. t.* quam tamen oportet esse liberri-
62 mam. *l. 1. C. de SStis. Eccles.* † Est & illa ratio, quòd cõtractus & conventiones non sunt modi dandæ & adimendæ hereditatis ac successionis; sed sola ultima voluntas cùm expressa tum præsumpta: Expressa, si testamentum factum sit. *d. l. hereditas. 5. C. de pact. conven. tam super dot.* Præsumpta, cùm deficiente testamento legis prætoriique juris autoritate liberis cæterisque sanguine junctis proximis, aliisque legitimis honorariisq; successoribus, ut viro atq; uxori successio defertur, *l. leg. obvenire 130. cum ibi nota. de verb. signific. l. 1. ff. si tab. testam. null. ex tab. l. cum ratio. ff. de bon. damna.* eamque rationem *in leg. ult. ff. de suis & legitim.*

diserte

disertè afferri censet *Johan. Rama. ad d. c. quamvis. num. 6. 8. 9. & 10. de pact. in 6.* adeò, ut existimet, hanc solam hujus decisionis esse rationem, non quamlibet aliã à Dd. allatam: de qua re postea. † Est præterea & illa ratio, quòd alteri non rectè stipulamur & paciscimur: neq; alium daturũ facturúmve obligare queamus: *§. si quis alium. §. seq. §. alteri. Instit. de inut. stipula. l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* adeò, ut nec uni heredum dari, vel eum daturum rectè stipulemur. *l. continuus 137. §. fin. h. tit. Donell. ad l. ultim. num. 10. C. de pact.* At si quis ei, qui alioquin heres ab intestato non est, vel nõ in tota hereditate succeſſurus, paciscatur; vel stipulanti, ut se heredem faciat, promittat: aut alii dari fieríve, aut aliũ daturum facturúmve stipularetur promitterétve: nempe eũ, cujus futura esset hereditas ex testamento vel ab intestato: vel ei, qui nobis vel omnino non, vel non in solidum de jure heres futurus. Jure igitur ejusmodi pacta & stipulationes non subsistunt. † Quid igitur? nulláne convẽtio aut pactum de viventis successione vires habet? Pater olim cõtracta fiducia emancipans filium, jure pacti succedebat filio, excluso manumissore emptore imaginario, *§. fin. Inst. de legit. agnoto. succes. Sonsbec. d. par. 9. de feud. n. 51. & seqq.* † Quin & filium alteri in adoptionem & clientelam dans paciscí & stipulari potest, ut eum non exheredet neq; prætereat, sed ut filium tractet. *l. quidam cum 132. h. t. & in l. fi. C. de pact.* Permittitur aliquo casu de viventis consentientis hereditate paciscí: ut & de hominis incerti, *in l. 3. §. de illo. ff. pro soc.* & Ulpi. *in l. 1. §. si parẽs. ff. si quis à paren. manumiß. Si parens*, inquit, *vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius, quantum satis est, contulit, ne judicia* (hoc est, ultimam voluntatem) *ejus inquietet,*

63

64

65

exceptione doli repelletur. Utiq; utrumq; exemplum continet pactum de viventis filii hereditate. Cur enim exceptione doli repelletur? Quia accipiendo pecuniam aut quantũ satis est, censetur renunciasse filii successioni. & *in l. si quando. §. 1. & §. 2. C. de inoff. testam.* Justinianus constituit, etsi filius pacto non gravatur, si certa quãtitate acceptâ promisit, se querelam inofficiosi movere nolle: si tamen ad heredes paternos talem transactionem fecit, aut inter vivos sub ea conditione, ut hæc inter vivos donatio in quartam ei imputetur, vel mortis causa accepit, querelam movens non audietur, nisi si supplementum
66 legitimæ peteret. † Extat quoque Leonis *Novell. 19.* qua antiquata est *l. pactum quod. C. de pact.* & constitutum, ut vires habeat pactum nuptiale, quo pater se obligavit filiæ dotanti, ut sibi nihilominus in portionem cum cæteris filiis æqualem succedat: in tantum, ut si quid à patre secus postea dispositum inveniatur, illud sit infirmum: tum quòd fidem fallere nõ oporteat; tum quòd patri alioquin aperiretur fenestra impunè mentiendi, & inæqualem faciendi
67 inter liberos naturâ æquales successionem. † Præterea *in c. filii nati. si de feud. defunct. conten. sit inter dom.* dicitur, filios ex ea uxore natos, cum qua matrimonium tali conditione contractum est, ne filii ex ea nati patri ab intestato succedant, in allodio usu non succedere, in feudo admitti. Quin & *in c. un. de filiis nat. ex matrimon. ad morgan.* asseritur, tali pacto effici posse; ut
68 nec in feudo, nec in cæteris bonis succedant. † Denique quod statuto & consuetudine fieri potest; illud etiam pactis & vice versa: *Eberhard. in loco lega. à pacto ad legem. statut. 120. Mynsing. consil. 14. numer. 15.* Atqui per statutum & consuetudinem fieri potest, ut pacta

ctà de futura successione valeant. Sic enim pactum reciprocum, ut conjuges sibi invicem succedant, cõsuetudine & statuto approbatur. *Petr. Duennas reg. 539. & reg. 172. Natta in dict. cap. quamvis. num. 249. Mynsing. observ. 33. cent. 2. Gail. observ. 126. lib. 2.* † Sic consuetudo & statutum firmare potest, ut valeat pactio & stipulatio tempore contracti matrimonii interposita à patre pro filia sua nubente, ut acceptâ dote nihilominus cum cæteris filiis succedat æqualiter in bonis paternis: veluti in Gallia observari tradit *Benedict. in c. Raynutius. §. duas habens filias. num. 198. & seqq. extra de testamen. Tiraquell. de primogen. quæstion. 7. num. 7. Cujac. ad leg. 26. hoc tit. & in Germania Zasius ad leg. stipulatio hoc modo 61. hoc tit. Mynsing. observ. 22. cent. 2.* † Sic pacta, ut vocant, fraternitatum de mutua successione inter principes & nobiles viros Germaniæ consuetudine valent. *Zas. consil. 1. volum. 2. Gail. observat. 127. lib. 2.* † Cæterùm hæc omnia facilè permittuntur vera esse, quoties suprapositæ rationes prohibitionis aliquo casu cessant; si, inquam, libera testandi facultas non penitus auferatur; si nullum captandæ mortis votum ampliùs adsit; si non in simplici forma conventionis inter vivos, sed in tempus mortis concipiatur per vim donationis; si initium ex nostra persona, vel morte accipiat conventio: cùm hodie mutata & interpolata sit antiqua regula; & obtineat, ut ab heredibus & in heredes incipiat obligatio ex contractu defuncti. *l. unic. Cod. ut ab hered. & in hered.* † Itaque si paciscar, vel stipulationem contraham, de viventis hereditate acquirenda: veluti; *Si heredem me non feceris, tantum dare spondes? ut æqualem portionem cum Titio herede tuo habeam, spondes? ut ego tibi vicissim, & tu mihi succedas?*

69 70 71 72

nullius momenti censeri debet, adeò, ut nec statuto, nec consuetudine firmetur: nec pœna adjecta committatur; cùm sit talis conventio contra bonos mores, votum captandæ mortis habens, & liberam testandi facultatem adimat. *d. l. pactum quod. dict. l. licet. d. l. ultim. Cod. de pact. dict. leg. stipulatio hoc modo 61. hot tit. ubi Interpp. omnes*, atque ita impossibilis. *argum. §. 1. Inst. de jur. person.* Impossibilis autem rei pœna committi non potest, *ut suprà dictum est ex leg. 6. & l. 27. ff. de con-*
73 *dit. & demonstr.* † Nec dispar ratio est in pacto, quod pater facit filiæ nubenti, ut accepta dote, nihilominus cum cæteris filiis æqualiter succedat, *de quo in dict. leg. pactum quod. Cod. de pact.* tum quòd liberi meritis magis, quàm pactionibus adstringi debent, *leg. si quando. §. 1. Cod. de inoffic. testamen.* tum quòd liberam testandi facultatem adimit, nec voto captandæ mortis, quod genero hoc modo præbetur, careat:
74 *Latè Tiraquell. dict. quæstion. 7. de jure primogen.* † Nec magni facimus Leonis *Novell. 19.* qui etsi magnus Philosophus, & multa non inutilia constituit; pleraque etiam necessaria, quæ digna essent in hoc Imperio Germanico-Romano publicè recipi: multa tamen fiduciâ Philosophiæ & ingenii, temerè vel audacter innovavit & correxit, ex quorum numero etiam *d. Novell. Leonis 19.* videri potest. Sed cùm illa in hoc occidentali imperio vim legis non habeat, nec unquam habuisse apud orientales, probabile sit; negamus, eam vim corrigendi *dict. leg. pactum quod. C. hoc titul.* habere: quod & Cujacius *observat. 31. lib. 17.* notavit: minimè sibi contrarius *in leg. 26. hoc titul. ut Mattha. Boys D.* malè existimat *in additione ad Nattam. in dict. capit. quamvis. post numer. 102. circa finem propè mihi fol. 72.* Non enim hoc dicit Cujacius *in dict. leg. 26.*

Novel-

Novellam *Leonis 19.* qua *dict. l. pactum quod. Cod. de pact.* abrogatur, moribus Gallorum receptam esse: sed duo dicit: unum; moribus Gallorum esse receptam conventionem, quæ *in d. l. pactum quod dotali.* improbatur: alterum est; *dict. l. pactum quod.* abrogatam esse *Leonis Novella 19.* Sic enim ait: *Hæc conventio est contra leges l. pactum quod dotali. Cod. de pactis. Moribus tamen nostris recepta est, & probata* (hæc, inquam, conventio) *Novell. Leonis 19. qua abrogatur dict. l. pactum quod dotali.* Hæc ille. Quid igitur? Cujacius hoc saltem indicat, non ob Leonis Novellam moribus Gallorum esse à dispositione *dict. l. pactum quod.* recessum; sed, quod Gallorum moribus obtinuit; idem olim Leonem quoque constituisse. † Nec satis firmæ sunt Leonis 75
rationes: etenim etsi naturâ quædam est æquabilitas inter liberos, ut *ex l. cùm ratio. ff. de bon. damn.* colligitur; tamen naturæ etiam lege datur imperium parenti in liberos; nec necessitas patri imponitur, ut omnino æqualiter sibi successores habeat: alioquin ex inæqualibus partibus nunquam liceret liberos heredes facere, nunquam exheredare, nunquam præterire: cùm naturalia necessitatem habentia sint immutabilia. *§. fin. Instit. de jur. natur. gent.* nunquam posset esse impar erga liberos affectio, aut si esset, nõ liceret; & turpis foret. Æqualitas igitur illa tum tandem locum invenit, si patri diversum non placeat. Et quid querelæ movebit filius filiáve minus cæteris, ex successione paterna accipiens adversus genitoris sui voluntatem ac dispositionem ultimam, cujus personã, ut sibi sanctam, revereri debet? Quorsum cogeretur legitimâ esse contentus? *Novell. de trient. & semis.* Cur illam quoq; Leo non sustulit? Nulla igitur hîc iniquitatis fenestra aperitur: imò æqui-

tatis. Nam si pacta & stipulationes illæ firmæ essent, ne quidem ob ingratitudinem filiæ possent irritæ fieri. *Gail. observat. 126. num. 5. vers. secundò amplia. libr. 2.* nec pater suæ injuriæ justam haberet indignationem: quia exheredare, minuere portionem non liceret: cùm solæ donationes, legata, & hereditates irritẽtur datæ ob summam ingratitudinem & capitalem inimicitiam; non etiam contractus & conventiones. Leonis ergo *Novella 19.* non *d. l. pactum quod.* iniquitati fenestrã aperit. Siquidem hoc vult, ut si quid pater promissor pœnitentiâ ductus, aut aliud mutata voluntate ultima disposuerit, sit vanum & invalidum. Deinde, quod ait, *sic parentem filio filiæve hoc pacto obstrictum mendacio doloque obnoxium fieri, per d. l. pactum quod. observationem: neq; mendacium veritati præferri* eadem facilitate destruitur, qua astruitur. Pater juris errore lapsus fortasse promisit. Error autem juris non facit id, verum esse jus, quod jus esse putabatur. Nullum igitur hîc mendacium. Quid si sciat, jure nõ licere, & turpitudinem inesse huic pacto? si cum jus ignorante paciscitur, dolo quidem non caret: sed propterea non oportet pactũ jure & ratione improbum, fieri justum. Si uterque jus intelligat & turpitudinem voti: dolus cum dolo compensabitur. *l. viro. ff. solu. matrim.* Præterea, qui jure suo utitur, neq; mentitur, *arg. §. sed iste. §. seq. cum ibi nota. Inst. de actionib.* neque in dolo est. *l. nullus 50. l. qui sine 63. ff. de regul. juris.* Sic rationabili animali omnino convenit, pacta conventa per improbationem non adulterari: & potius decet, ut verbis suis fidem præstet; modò licitum sit & honestum, quod dictum est, *juxta leg. semper in conjunctionibus. ff. de regul. juris.* Imò honestatis jus ab omni delicto excipiendum. *l. quod ex liberã. C. de*

C. de oper. libert. † Quid ergo fiet moribus, inquies, 76
Gallorum & Germanorum? Existimo, pacta illa de æquali successione interposita à patre tempore nuptiarum, favore earum moribus sustineri, nõ ut pactum de successione acquirenda, sed ut de non conferenda dote, vel donatione propter nuptias in vim alicujus ultimæ voluntatis & dispositionis inter liberos, quod & *Wesenb. tit. de pact. dotal.* videtur. Nam ut dotis & aliorum datorum collatio cesset, satis hodie est, patrem designasse & expressisse tam testamẽto, quàm ab intestato qualiquali dispositione. *auth. ex testamento. Cod. de collationib.* Post hanc Justiniani constitutionem arbitror ab Italis, Gallis, Germanis optimo jure hoc genus pacti receptum esse. Itaque nihilominus patri manet potestas suo arbitratu testandi vel exheredandi ex causa, nõ obstante pacto, modò jus conferendi non injungat: nec tam abrogatur, quàm declaratur & moderamen injicitur. *d. l. pactum quod dotale.* † Sic si pater per modum ultimæ 77
voluntatis inter liberos quasi stipulando & paciscẽdo disponat, ut inæqualibus partibus hereditatem suam habeant, valet dispositio, non ut pactum, non ut stipulatio, sed ut voluntas ultima; modò hoc fine pater cum illis paciscendo stipulandoque egisset: *arg. d. fin. C. famil. erciſc. d. auth. ex testamento. C. de collatio. d. l. fin. C. de pact. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. C. de testamen.* † Igitur cum communi opinione, asseren- 78
te tale pactum paternum inter liberos, de dividenda per partes inæquales hereditate, vires sortiri, *arg. dict. l. fin. Georg. Natta in d. cap. quamvis. num. 102.* Castrensem non contemnendæ autoritatis interpretem, *in d. l. pactum quod.* contrarium *per d. l. licet. Cod. de pact.* defendentem, conciliandum puto: nempe ut finis

& scopus cùm patris, tum liberorum cum patre paciscentium inspiciatur: ut si animo constituendi hanc ultimam quasi volũtatem pater fecerit, inque eodem perseveraverit; valeat: si crediderit, vi pacti vel stipulationis hæc inter liberos rata fore; secus es-
79 se, & nullius momenti: † quia, ut interpretatione pro ultima voluntate habeatur alicujus pactum de successione danda, saltem favore militum receptum
80 est. *dict. l. licet.* † Nec alia declaratione admittendum, quod *Bartol. in l. tale pactum. §. final. ff. de pact.* scribit inter filios hereditatem pacto dari posse: quod sanè per illum text. malè diceret; si non hanc præmissam haberet declarationem. Idem sensus Zasii est *in d. l.*
81 *stipulatio hoc modo 61. num. 50. hoc tit.* † Porrò si de modo certo in aliquibus testandi, vel de rebus particularibus pactum factum sit, utique valet: quia non continet votum captandæ mortis, neque testamenti factionem penitus adimit: *Menoch. consil. 1. num. 150. Jas. ad l. fin. num. 8. Cod. de pact. Baptist. à Villalob. in thesau. sent. vers. pactum. num. 3.* Siquidem talis specialis conventio vim donationis mortis causa haberet. *Francisc. Vivius in thesaur. commun. opinion. verb. donatio omnium bo-*
82 *norum.* † Ejus generis est pactum, cujus fit mentio, & consuetudine sustineri dicitur *in dict. cap. filii nati. si de feud. defuncti conten. cap. unic. de filiis nat. ex matrimon. ad*
83 *morgan. contract.* † Sic & pactum inter conjuges reciprocum de succedendo in omnibus vel certis bonis valet, nõ vi pacti, sed donationis mortis causa: Nam etsi solus vir ita pactus esset cum uxore in die sponsaliorum, vel postea, ut sibi ea succederet defuncto sine liberis: non etiam vicissim ipse uxori; consisteret tamen donatio, tanquam mortis causa: ut si non revocaretur à vivente, tandem morte confirmaretur.

tur. *l. donationes. Cod. de donation. int. vir. & uxor. l. si eum. §. ult. l. seq. l. cùm hic status. ff. eod. Andr. Gail. observat. 91. nu. 1. libr. 2. per dict. l. cùm hic status. ff. de donat. int. vir. & uxor. Wesenbec. consil. 63. in fin. Mynsing. observation. 33. centur. 2.* neque captandæ mortis votum habere cēsetur, cùm nihil conjugalem vincat affectum & amorem; & sub conditione si sine liberis decedat, altero superstite, concipiatur: Omnes autem cupiditate ducamur numerandi prolem, & longo ordine nepotes: Neq; etiam liberam testandi facultatem adimit. Utrique enim conjugum liberum est, ab ea pactione recedere per ultimam voluntatem, alterâ etiam parte invitâ; sive hæc donatio successoria sit traditione, sive stipulatione, sive neutra confirmata: † quicquid di- 84
cat *Gail. observat. 126. num. 5. & seqq. lib. 2.* sibiipsi *in d. observat. 91. lib. 2.* contrarius. Rectè, inquam, docet *in d. observat. 91.* donationes inter conjuges morte confirmari, & vim relicti habere, sive legati, si non appareat de tacita vel expressa revocatione. Rectè *Mynsing. d. observat. 33. centur. 2.* reciprocum de succedendo pactum inter conjuges vi ultimæ voluntatis & donationis mortis causa sustineri. Et nisi ita sustineatur, omnino irritum est *per dict. l. licet. Cassanæus in consuet. Burgun. Rubr. 4. §. 7. in verb. aultrement. num. 6. & Rubr. 7. §. 12. verb. fil né lui. Petr. Peck. de testamen. conjug. lib. 1. cap. 7. Andr. Tiraquell. de primogen. quæst. 6. Natta in d. cap. quamvis. num. 249. & in addit. ibid. Matthæ. Boys D. fol. 65. 66. 67. 69.* Sustinetur ita autem potiùs vi consuetudinis vel statuti, quàm juris autoritate expressa, autore eodem *Boys ex Boërio decis. 214. num. 22. Bald. Novell. in tract. de dote. part. 6. privileg. 44.* Malè igitur *in d. observat. 126. Gail. num. 2. & 3.* asserit, hæc pacta & stipulationes de reciproca conjugum successione inter vivos, & sta-

tim ratas esse, sed exactionem sub conditione liberorum differri, & in speciem donationis inter vivos cadere. Malè, inquam, hoc, cùm exitum habere non queant, nisi morte interveniente. Etsi quidem reciproca donatio, qua constante matrimonio, alter nō fit pauperior, vel ditior, inter conjuges vivos consistit, *l. quod autem. §. si vir. & uxor. ff. de donat. int. vir.* cùm jam gravamen non censeatur, *ut Bald. ad l. si pater puellæ. num. 2. C. de inoffic. testam. ait:* non tamen propterea consequens est, idem obtinere in pacto reciproco de mutua successione: tum quia utrinque non accipietur successio, sed superstes tantùm accipiet defuncti hereditatem: tum quòd differtur in eum casum, quo ampliùs matrimonium non est: tum denique, quòd si propterea consisteret, quia donatio sit inter vivos talis, quæ jure non improbatur, evehiret, ut omni casu & inter omnes personas, ubi & inter quas jure locum sortiretur donatio inter vivos; posset quoque pactio & stipulatio de successione, maximè reciproca, fieri. Nam ubi eadem ratio, ibi idē jus esse debet. Sed hoc posterius jure improbatur *in d. l. licet.* Ergo & prius illud. Et certè non rectè argumētari à donatione reciproca inter vivos ad successionem conjugum mutuam, disertè asserit *Jason in dict. leg. si pater filiæ. num. 2.* Malè igitur & illud *Gail. d. obs. 126.* docet, quòd conjugum conventiones de mutua successione adeò firmæ sint, ut revocari nequeant; ne quidem ob ingratitudinem, cùm sint instar ꝑmutationis, & vēditionis. Imò verò utrumque negatur, cùm per modum ultimæ voluntatis consistant. Et *Wesenb. d. consil. 63. in fin. Quæcunque,* inquit, *in pactis dotalicijs valent jure contractus, nō nisi mutuo consensu revocari possunt: quæ verò tantùm jure ultimæ vo-*

lunt.

luntatis (quatenus scilicet de futura successione disponunt, & ideò quinq; testibus opus habent) ea sint ab eo revocabilia, cujus de successione tractatur. d.l. pactum quod dotali. C. de pact. l. 5. C. de pact. convent. tam super dot. Revocabiles quoque esse has conventiones *ex Boërio decis. 104. nu. 16. & decis. 214. num. 3. 4. 22. 31. Bald. Novell. in tractat. de dot. part. 6. privil. 44. Matthæ. Boys. in addit. ad Nattam. in d. c. quamvis. mihi fol. 66. & 68.* probat. Malè igitur & illud *Gail. d. observ. 126.* profert, distinguendũ esse, an promissio mutua de succedendo fiat per stipulationem causa donationis inter vivos: an verò per simplex pactum de reciproca successione: contẽdens priore casu valere promissionem, quia non sit pactum futuræ successionis, sed obligatio descendens ex contractu inter vivos; licet post mortem effectum sortiatur: posteriore non, quia sit conventio, & fraternitas de mutua successione lege prohibita. Quasi verò stipulatio aliam naturam indiderit huic cõventioni. Imò, de qua re paciscí non licet, de ea nec stipulationem contrahere. *l. 7. §. si paciscar. ff. de pact.* Deinde nititur hæc distinctio falsa hypothesi, quã Gail. præmisit. Præterea si hoc inter conjuges verum esset, quòd promissio de reciproca successione per stipulationẽ facta, ideò subsisteret, quia non esset conventio de futura successione, sed obligatio descendens ex contractu; in omnibus aliis locum haberet, qui stipulãdo promittendoque possent mutuò obligari: Sed in his est illud falsissimum, *dict. leg. licet. d. l. ex eo. C. de inutil. stipulat. & in d. l. ex eo.* idem affirmatur circa stipulationem, quod circa pactum *in d. l. licet. Cod. de pact.* Nec huc facit, quam allegat, *l. unic. Cod. ut actio ab hered. & in hered.* Præsupponit enim hæc nova regula habilem rem; quę sine vitio & secundùm bonos mores posset

in ſtipulatum deduci. Nec ſpecialis alibi eſt ratio, cur inter conjuges valeat potiùs, quàm inter alios: uti nec illa eſt, quam ex Curt. Junio. adfert: quòd promiſſio ex cauſa donationis facta, poſt mortem valeat: quia eundem habet intellectum, quem *dict. l. unic. C. ut actio ab hered. & in hered.* cæteris nimirum paribus, & pariter ſe habentibus. Nihil etiam Jaſon in allegata *l. ſtipulatio hoc modo 61. h. tit.* habet, quod intentioni & diſtinctioni huic à Gailio traditæ inſerviat. Quare, cùm & præjudiciis Gailius in prima & ſecunda editione (nam tertiam non licuit videre) careat, & ex falſa hypotheſi (ut mihi videtur) contra *l. licet. C. de pact.* procedat, non puto, hac in parte eum
85 eſſe ſequendum. † Dixi autem in hac concluſione, hæc ita eſſe, niſi milites inter nos paciſcamur, vel ſtipulemur reciprocam ſucceſſionem: Hæc enim reſtrictio & exceptio expreſſa eſt *in d. l. licet. Cod. de pact.* ut obtineat, ſi in militiam tendant; quod ex recentiore Juſtiniani & aliorum declaratione eſt revocãdum, ad aciem & caſtra; ubi jus teſtandi jure militari habent; de qua re *in tit. Inſtitut. de milita. teſtam.* Valet enim hæc pactio per vim teſtamenti militaris, & pro ultima voluntate reputatur. *Interpp. ad dict. l. licet.*
86 † Nec audiendus eſt Johan. Rama. *in d. cap. quamvis. num. 20. de pact. 6.* contra Accurſ. Bartol. Jaſon. contendens, non valere *in d. l. licet.* tanquam teſtamentum militare, ſed tanquam donationem mortis cauſa ex quodam militari privilegio: itaque ſuperſtitem militem non fieri alîus heredem, ſed ex mortis cauſa bona capere. Inſpectis *d. l. licet.* verbis, longè aliud apparet, nempe hoc pactum militum ſuſtineri, tanquam ultimam voluntatem quoquo modo à milite factam. Nam primò Impp. aſſerunt, adeò hoc pactũ

inter

inter privatos non valere, ut ne quidem mortis causa donationis speciem habere censeatur: nedum ergo testamenti. Deinde ajunt, *tamen cùm voluntas militum, quæ super ultimo vitæ spiritu, deque familiaris rei decreto quoquo modo*, &c. quæ verba sanè describunt ultimam voluntatem militarem. *§. 1. verf. quoquo enim modo. Inst. de milit. testam. l. divus Trajanus 24. l. seq. l. ejus militis 34. §. 1. l. seq. l. Lucius Titius 40. de test. mil.* Tertiò additur: *vim postremi judicij non obtineat.* Quid illud est aliud, quàm testamentũ? Sic sæpe testamenta describi & appellari videmus. Quo sensu etiam dicitur: *Ex fratris tui judicio ad te delatũ est.* Quæ verba evidenter hãc Ramati sententiam enervant. † An autem idem in causa pia & ecclesia obtineat, ut scilicet ea paciscens de alicujus hereditate, instar militis superstitis succedat, inter Interpp. est quæsitum? Plurimi affirmãt, inter quos Baldus est *ad l. fin. Cod. de pact. argum. l. milites. ubi gloss. Cod. loca.* & gloss. *in l. miles. §. 1. ff. de re judicat.* quia fortius est privilegium cælestis militiæ, quàm armatæ secularis. Sed ab hac sententia Ludovic. Roman. Menoch. *consil. 1.* Vasquius *de succeff. 10. 2. §. 2. num. 19. Matthæ. Boys in addit. ad Nattam num. 99. ad d. cap. quamvis.* recedunt: nec immeritò *propter cap. quicunque 17. quæstion. ult.* Deinde, quia inter hominem privatum & ecclesiam non potest cadere pactio de mutua successione: imò nec inter duas ecclesias. Est etiam cultrix & auctrix justitiæ, nec patitur contra justitiam aliquid fieri in se, vel in alterum: privatus verò sæpe obviat justitiæ. *cap. unic. de aliena. feud.* Atque hæc de acquirenda hereditate. † De conservanda, quin aliquo casu paciscí liceat, nulla dubitatio est: veluti si filius, qui adversus patrem commisisset ingratitudinem, ob quam jure exheredaretur; à

87

88

patre pacto vel stipulatione remissionem ejus injuriæ consequeretur, ut non obstante ea, à patre heres scriberetur. *l. omnimodo. Cod. de inoffic. testamen.* Nulla hîc inhonestas, nullum testandi impedimentum, nullum alienum factum, nulla aliena persona, cui acquiratur. At si à patre stipulatus esset, ne ob futuram ingratitudinem exheres fieret, nullius momenti foret, *per l. illud convenire 5. ff. de pact. dotal.* cùm nec futurus dolus pacto remitti queat, ne fenestra peccatis aperiatur. *l. 7. §. si paciscar. l. si unus. §. illud. ff. de pact. Georg. Natta in dict. repet. cap. quamvis. numero 104. de pact. 6.* quo intuitu etiam conventio manifestam haberet turpitudinem. † Sic, qui ad arrogati impuberis hereditatem vocantur, possunt ab arrogatore 89 stipulari hereditatem sibi restitui, si ante pubertatem moriatur. *l. non aliter. ff. de adoption.* quæ alioqui arrogatoris foret. *titul. Institution. de acquir. per arrogat.* † Sic pater veteri more emancipans filium con- 90 tractâ fiduciâ, hoc est, conventione & fide interpositâ cum imaginario emptore manumissore poterat sibi conservare jus succedendi filio instar patroni. *§. final. Institut. de leg. agnat. succeff.* Quod duplici modo fiebat: nam aut una mancipatione ac manumissione, aut trina fiebat mancipatione ac manumissione. Una, si filiæ, nepotes, neptesque emancipandi. Avus enim vel pater ille adhibito libripende, & quinque puberibus civibus Romanis vendebat, & simul mancipabat, hoc est, è manu sua in manum emptoris transferebat filiam vel nepotem, ea lege, ut manumitteretur: Emptor vindicta manumittebat. Trina emancipabatur filius dupliciter. Primò, hunc pater pari modo vendebat, ea fiducia, ut manumitteretur: manumissus filius ipso jure

in

in patris venditoris potestatem redibat: igitur secundùm vendebat eundem eidem, qui rursùm manumittebat vindicta: sed & tertia vice eidem pater vendebat, qui tertiùm manumissus in potestatem patris non revertebatur, sed sui juris fiebat: siquidem lex XII. hoc constituerat, ut ne *filius tertiùm à patre venditus, & manumissus in potestatem patris recurreret. §. præterea. & ibi Theophilus ac cæteri Interpp. Institut. quib. mod. jus patriæ potestat. solvit. Gellius libr. 5. noct. Attic. cap. 19. Andreas Tiraquell. de legib. connubial. gloss. 3. numero 6. Flamin. Parisius de consiliden. beneficior. quæst. 1. nu. 70. & seqq.* Secundò, quin & ita fiebat, ut emptor remanciparet patri bis, ac tertium manumitteret. *Gajus lib. 1. Institut. titu. 6. §. item per emancipationem.* Nisi igitur pater naturalis, venditor, speciali hac fiducia, hac speciali lege utroque modo emancipationem facturus vendidisset, ut manumissi filii legitimam successionem, hoc est, eam, quàm patronus in bonis liberti ex lege XII. Tabul. haberet, sibi retineret salvam; emptor manumittens jure patronatus succedebat, excluso patre naturali. Nisi quòd prætores tandem naturalē æquitatem secuti bonorum possessionem introducerent; qua præferebāt patrem naturalem extraneo manumissori. *§. tertiò. Institut. de bonor. possess.* Nullæ hîc insidiæ vitæ, nullum testandi impedimentum, *ut ex titul. de success. libert. liquet.* † Eadem ratio est, si 91
quis servum alii vendens eundem manumittat, & stipulanti emptori promittat, quicquid ex successione liberti ad se venditorem pervenerit, restitutum iri. *l. si quis servum. ff. de action. empt.* Etenim ipse emptor hoc jus patronatus habuisset, si ipsemet manumisisset: nunc autem facto venditoris, hoc commodo spoliatur: igitur ita rectè stipulatur: quia em-

ptori id omne præstabit, quod ex empta re habiturus fuisset. Non igitur stipulatio est de vivêtis hereditate, sed de eo, quod interest & præstari oportet.

92 † Porrò propter easdem prohibitionis rationes, de quibus supr. non posse viventis hereditatem vel repudiari, vel remitti plus quàm notum est: Repudiari non potest, quia nulla viventis est, néque aliqua

93 quæ viventis sit, speratur: † Repudiatur autem illud saltem, quod in præsenti est, quod nunc est delatum. *l. is potest. ff. de acquir. hered. Alciat. Donell. & alii ad l. 1. C. de pact.* Remittitur, quod futurum speratur, *d. l. 1. & ibid. Alciat. & Interpp. omnes.* Sed eo ipso, quo quis legitimus heres ei, cui jure succedere potest, pactum facit de non succedendo, cæteris proximioribus vel ordine se sequentibus, ansam præbet, ut huic insidias struant, ne fortasse mutatâ voluntate testamentum faciat. Imò hoc pactum de non succedendo, à contrario habet pro aliis pactum de succedendo: veluti, si quis habeat fratris defuncti filium proximum heredem, habeat etiam duos avunculos, vel patruos: si cum fratris sui filio paciscatur, ne sibi succedat: eo ipso ab intestato videtur avunculis & patruis suis acquisiisse successionis spem: quam, ut illi non amittant, vitæ insidias struent. Si etiam hoc pactum vires haberet, maximè stipulatione munitum, ut neque ab intestato, neque ex testamento sibi heres fieret, tolleret facultatem testandi penitus, quo ad hunc promissorem & de quo id promissum. Præterea hac conventione paciscens heredibus suis futuris acquireret exceptionem ultra id, quo essent heredes, & in quo non essent heredes, acquireret actionem, contrà quàm *in dict. leg. continuus. §. ult. h. tit. & l. avus. ff. de pact. & l. 1. Cod. per quas perso. nob. acqui.*

respon-

resp̃sum est. † Hinc pactum inter patrem & filium, 94
ut aliquo dato vel retento etiam legitimæ nomine inter vivos, de inofficioso non agat, ejus efficaciæ nõ est, ut filium à querela repellat, nisi defuncto patre illud datum vel retentum agnoscat, aut conferre nolit. *l. si non mortis 25. ff. de inoffic. testam. dict. l. si quando. §. 1. & 2. C. de inoffic. testam.* † Sed mortui hereditatem 95
& repudiari & remitti liberè posse, nulla est dubitatio. *l. fideicomm. Cod. de transaction. l. qui Romæ. §. duo fratres. hoc tit. L. 1. Cod. de pact. Natta ad dict. cap. quamvis. num. 9.* cùm nullæ jam certent prohibitionis rationes: quo pertinet *tot. titul. Dig. & Cod. de heredit. vel action. vend. l. is potest. & tot. tit. Dig. de acquir. hered. l. ult. Cod. de jur. deliber.* † Hinc pactum vel stipulatio cum filiâ do- 96
tem accipiente contracta, ut dote contenta patri non succedat, jure improbatur, *l. pactum dotali 3. Cod. de collation. l. ult. ff. de suis & legitim.* Neque etiam talis pactio fraude videtur carere: imò talis est, ac si pater paciscivellet, ne sibi sit filia: sed abdicatio liberorum legibus improbatur. *l. abdicatio. Cod. de patria potesta.* ut & agnationis cognationisque: quia jus naturæ privatorum pactis mutari nequit. *leg. jus autem. ff. de pact.* † Nec pater cum filio, quem emancipat, de 97
non succedendo paciscipotest; ut nec patronus cum liberto: tametsi quantum satis est, accepit à vivo filio vel liberto, admittitur tamen ad successionem, nec vi pacti potest dimoveri: non obstante *dict. l. 1. §. si parens. ff. si quis à paren. manum.* Nam eo ipso, quod JCtus asserit, doli mali exceptione repelli, ostenditur, idem hoc casu obtinere, quod in filio, cui pater inter vivos, quantum satis erat, dedit, ne de inofficioso agat; nempe ut ipso jure nõ, sed exceptione doli mali excludatur, quia hoc, quod accepit, sibi retinet,

& ita agnoſcit judicium teſtatoris, *arg.d.l.ſi quando. §. 1.& 2.* & iniquum eſt, contraque bonam fidem bis idem exigere,& duplex emancipationis precium cõ-
98 ſequi. † Neque verò delictum eſt pro emancipatione pecuniam accipere, ut Bartol. *ad dict. l. ſtipulatio 61. h.tit.* credidiſſe ſcribit Natta *ad d.cap.quamvis. num.117. verſ. in explicatione gloſſ. ad verb. lex civilis. de pact. 6.* in quo meritò Bartolum ex Imola reprehendit *per l. utrum turpem 107. h.tit.* Sed ideo exceptione doli repellitur, quod & acceptum ſibi retinet, & integram portionem petit. Etſi quidem pater ac patronus conferre non tenentur, quæ acceperunt, ut non inquietarent judicium defuncti (nulla enim collatio eſt, niſi deſcendentium. *Faſ. ad l.ſi emancipati 9.num.26. C. de collatio.*) reſtituere tamen cogentur ob bonam fidem, ne duplex lucrum ſentiant, & bis idem petant: adeò, ut ſi id non faciant, exceptione doli excludantur, tum quòd retinendo datum cenſeantur agnoſcere voluntatem defuncti, tum ne locupletio-
99 res fiant alieno damno contra bonam fidem. † De dividenda hereditate paciſcimur in genere, ut ſi qua hereditas undecunque obveniat, ea ſit inter nos cõmunis tali & tali modo dividenda: ut caſus eſt *in l. 3. §. de illo. ff. pro ſoc.* Hanc valere inter omnes obtinuit *per dict. leg. 3. §. de illo:* quia cùm incerti hominis hereditatem concernat, caret omnibus illis incommodis hæc conventio, quæ alioquin pactionem prohibẽt. Paciſcimur etiam de hominis alicujus certi hereditate inter nos dividẽda, aut quòd ei ſucceſſores futuri ſumus, aut quòd teſtamento inſtituti. Sed & hęc pactio contra bonos mores eſt, ob votũ captandæ mortis, & quòd hæc pactio ſit de re aliena, nihil hactenus ad paciſcentes, dum paciſcũtur, pertinẽte.

Sed

Sed hanc conventionem hoc casu ita demum Justinianus *in d.l.fin. C.de pact.* firmã permittit, si is, de cujus hereditate agitur, in hanc conventionem quoq; consentiat, & in eadem voluntate perduret ad mortem usque, ut ad paciscentes hereditas sua perveniat ex testamento, vel ab intestato. Etenim si mutaverit voluntatem, aut nolit pactum ratũ esse, interibit *d.l. ult.* † Cõsentiendo is, de cujus hereditate agitur, hoc 100
efficit, ut & turpitudo conventionis cesset, cùm votum captandæ mortis nullum sibi imminere hoc modo testetur; & ipse, cùm illorum pacto non obligetur, adhuc liberè testari, imò testatò tãtùm pactionem istam possit irritam facere. Habet hic consensus ejus, de cujus hereditate futura quæritur, vim donationis mortis causa, quo ad modum dividendę hereditatis: eoq; respexisse videtur Justinianus *in d. l.fin. vers. & in ea. usq; ad extremum, & c. C.de pact.* Mortis causa autem donatio prohibita non est, nec votum captandæ mortis habere creditur, *§. 1. Instit. de donat.* nec durat ampliùs, quàm in ea voluntate perseverat donator. *dict. §. 1. l. si alienam 13. §. 1. l. mortis 16. l. qui mortis 30. ff. de mort. caus. donat.* † Denique non obstat *l. 2.* 101
§. illud potest. ff. de hered. vel action. vend. ubi scribitur, *Substitutum impuberis rectè vendere hereditatem testatoris, ita, ut & pupilli illius hereditas hac venditione contineatur, maximè si ea jam delata sit, cùm venierit.* Etsi quidem particula, *maximè*, nota est collationis, quasi hîc videatur includi per protasin viventis impuberis hereditas, ac si dicat, viventis impuberis hereditas continebitur hac venditione: ergo multò maximè defuncti: ea tamen sententia illius loci non est, nec vis argumẽti. Intelligit enim impuberis mortui hereditatem nondum delatam, quæ sub conditio-

ne pendet: quæ si vēdi potest, etiam illa, quæ jam delata est, & non amplius conditione suspenditur: quia ne quidē in hac venditionis materia viventis aliqua est hereditas, sed solius mortui. *l. 1. ff. de hered. vel action. vend.* Restat adhuc *lex, quidam cùm filium 132. hetit.* sed cùm illam declaraverim *ad l. 3. nu. 39. de verb. signif.* hîc præterire placet.

102 I. DECLARATIO. † *Hac conclusio jure civili adeò vera est, ut ne quidem jure jurando talis stipulatio vel pactum de viventis hereditate confirmetur.* per *l. non dubium. Cod. de legib. Donell. ad l. fin. in fin. Cod. de pact. & de jurejuran. cap. 1. Joh. Coras. ad l. non dubium. C. de legib.* Vis enim juramēti in contractibus non est major, quàm ipsius cōtractus, nec plus virium addit, tribus saltem casibus exceptis; nēpe, 1 si libertus promittat operas patrono, *l. 7. ff. de oper. libert. l. & per jusjurandum 13. ff. de acceptil. l. si quis pro eo. ff. de fidejuss.* 2 deinde si transactum sit. *l. si quis major. Cod. de transaction.* 3 si minor juravit aut pactum servare, aut se majorem esse, ut cesset restitutionis in integrum beneficium. *auth. sacramenta. Cod. si adverf. vend. l. 3. Cod. si minor se major. dixe.* Quòd si contractus planè sit inutilis cōtra bonos mores, cōtra leges, contra disciplinam publicam: & ita nullius momenti, juramentum quoq; inutile judicatur, *d. l. non dubium. ubi Coras. Bald. Bart. Jas. & alii. Cod. de legib.* non obstante *l. 1. C. si adverf. vendit.* Non enim eo loci, ut Martinus glossator existimavit, agitur de prædio sine magistratus decreto, & sic contra legis vel edicti prohibitionem alienato, sed de eo, quod debitis solennitatibus intervenientibus adolescens vendiderat, sed longè minoris, quàm erat, ut ita ex re ipsa læsus videretur propter facilitatem vel negligentiam suam nimiam, aut adversarii circumventionem.

Quo

Quo casu cùm jurejurando promiserit, se nullum de cætero controversiam facturum, religioni standum est, non quòd juramentum etiam obliget, ubi alioqui contractus jurejurando confirmatus, legis autoritate esset nullus; sed quòd hic contractus jam ab initio firmus est, neque restitutio in integrum, nisi magna ex causa, & si æquum videbitur, concedatur. *l. quod si minor 24. §. 1. l. non omnia 44. de minoribus.* Quòd autem hic sensus sit *d. l. 1.* hoc ex multis probatur: primò ex titulo, cui subjicitur: deinde, ex consilio eorum, qui auth. sacramenta puberum. subjecerunt: tertiò ex verbis rescripti: quartò, quòd si absque decreto adolescens alienasset, non fuisset quæstio de restitutione in integrum, sed de re vindicanda.

II. DECLARATIO. † *Cæterùm jure Canonico vi-* 103
ventis hereditati jurejurando intercedente renunciare non solùm licet, sed & efficacem utilemq; reddit jure alioquin vitiosam stipulationem. c. 2. de pact. 6. ubi Georg. Natta, Didac. Covarr. Johann. Rama. latissimè Baldus ad leg. cùm Archimedoram. C. ut in possess. lega. Dd. ad d. l. pactum quod. d. l. licet. d. l. ultim. C. de pact. & ad l. pactum dotali 3. C. de collat. Johan. Borch. de pact. cap. 5. nu. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. & sequentib. Quoniam hoc jure omne juramentum propter cõscientiam servandum est, quod sine detrimento æternæ salutis, sineque turpitudine observari potest. *c. etsi Christus. & tot. tit. extra de jurejur. Clem. dispendiosam. de judic. cap. fin. extra de præscript.* Nullã autem turpitudinem, naturalem scilicet inesse credunt Canonistæ huic renunciationi: sed si qua est, eam solummodò spectare jus civile, non naturale. † Nam 104
bonos malosque mores non tam latè considerant Canonistæ, uti Legistæ. Etenim hoc jure contra

bonos mores saltem est, quod naturâ improbatur & peccatum fovet, peccatiq; suspicionē inducit: Quæ verò solo civili instituto improbantur, non censent esse bonis moribus contraria. *Pet. Peckius in c. nō est obligatorium. de reg. jur. 6. Gail. observ. 39. num. 15. lib. 2.* † Arbitrantur illi, cur paciſci jure civili non liceat, hanc
105 solummodò esse rationem, tum quòd superstitis nulla sit hereditas; tum quòd certis modis, non etiam pactis & conventionibus deferantur hereditates. *l. 5. Cod. de pact. convent. tam super dot.* tum denique quòd alienum pactum alii non prosit, nec acquirat. Quam ob causam inter interpp. Canonicos in controversiam venit, sitne idem affirmandum de omni pacto, vel stipulatione circa hereditatem viventis contracta, sive de ea acquirenda, sive dividenda? Et certè confirmari promissionem jurejurando eo etiam casu, quo alter alteri hereditatem suam promittit, affirmat *Johan. Rama. ad d. cap. quamvis. num. 17. & seq.* quod & Bald. voluit *ad cap. moribus. si de feud. fuer. controv. inter dom. & agna.* Negat enim, pacta de acquirenda vel dividenda hereditate esse contra bonos mores; negat juris civilis rationes esse, ob quas prohibeant ejusmodi pacta, quòd contineant votum captandæ mortis: sed unicam hanc esse rationem, quòd privatorum cautio autoritati legum non noceat, *per l. ult. ff. de suis & legit.* legibus autem certos esse modos constitutos dandæ hereditatis. Cùm itaque ex horum numero non sit contractus, inde jure civili tantùm dici contra bonos mores, & prohiberi ejusmodi pacta. & *nu. 1. & 2. in d. c. quamvis.* ait, Interpp. magis esse, quàm Impp. commentum, quòd propterea hæc pacta prohibeantur, quia votum captandæ mortis contineant. *per l. de fideicommisso. C. transact.*

Sed

Sed ille arbitratur, hoc non attendere Impp. siquidem potius *ex d.l.de fideicommisso* illud colligi: transactionem de fideicommisso propterea valere, quòd contineret fideicommissum illud votum captandæ mortis: Ergò si transactio de tali fideicommisso facta valet, utiq; etiam ipsum fideicommissum antè constitit, nõ obstante, quòd votum captandæ mortis habuerit: Deinde Justinianus *in §. si quis ita formidolosus. Instit. de pupill. substitut.* indicat, non propterea infirmam esse, sed valere substitutionem pupillarem apertè factam, etiamsi valde periculosa sit pupillo futura. Sic nec illam rationem legibus esse fundatã. *num. 5.* asserit, quòd liberam testandi facultatem pactum adimeret: quippe nec illud solent juris autores attendere: quia multi sunt casus, quibus hæc libertas alicui aufertur. *l. qui in potestate. ff. qui testa. fac. non pos. auth. ingressi. C. de SS. Eccles.* Sic itaq; arbitratur non aliam esse rationem pacti de succedendo, quàm pacti de non succedendo, cur jus Civile prohibuerit: igitur jure Canonico omnibus istis casibus idem jus esse oportere, ut nimirum juramento confirmentur pactiones successionum. † Sanè hoc illi largior, 106
eandem esse prohibitionis rationem in pacto de nõ succedendo, quæ est in pacto de succedendo, ut & in pacto de dividendo: verùm non hanc unicã, quam ille putat solam: sed cæteras etiam suprà recitatas. Nã liberam testandi facultatem disertè expressêre Valentinianus & Gallienus *in d.l. pactum quod 15. C. de pact.* Votum captandæ mortis causam prohibitionis esse indicat Justinianus *in d.l. ult. vers. Sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosæ esse videtur, & plenæ tristissimi & periculosi eventus. C. de pact.* Quare quæso sunt *plenæ tristissimi atq; periculosi eventus?* Nisi q̃ insidiandi vitę alterius

causa præbetur. Idem rursus innuit Justinianus *in d. l. ultim.* in his verbis *tunc enim sublata acerbissima spe, &c.* Non sanè acerbissima spes est intuitu eorum, qui inhiant ejusmodi hereditati eamque sperant: imò spes illis hæc est dulcissima: sed illi acerbissima est, cujus hereditas speratur. Itaque, etsi verum esset *dict. l. de fideicommisso.* huc spectare, & probare aliquo casu votum captandæ mortis non reddidisse infirmum illud negotium, tamen non propterea ratio in pactis successoriis cessaret, neque ficta esset: sed est verissima ab ipsis Impp. designata. Deinde votum captandæ mortis, si quid *in d. l. de fideicommisso* erat, non origine ex ipsorum fideicommisso mutuo gravatorum conventione, arbitrio & negotio erat, sed à testatore proficiscebatur ejus rei occasione: In quo tamen testatore nec consilium illud fuit, sed ex fideicommissariorum reciprocorum malitia pòst emergebat. Non igitur par ratio est *d. l. de fideicommisso*: & horum pactorum. Sic nec par ratio est pupillaris substitutionis & horum pactorum. Nam & pupillo periculosa non est consilio substituentis, sed aliorum: Non igitur ejus actum irritum reddet, qui nihil peccavit. Omnia ista autem sunt secus in his pactis. Itaque verius justius illi tradidêre, qui communi suffragio affirmant *dict. c. quamvis.* non pertinere ad cætera pacta & stipulationes de successione viventis acquirenda vel dividenda; nisi iis casibus, quibus jure civili valerent: *Jason. nume. 2. post gl. ad l. pactum quod 15. C. de pact. gloss. ad l. si quando. §. illud. versic. prægravare. C. de inoffic. testam. Bald. ad leg. pact. in 5. oppos. C. de collatio. Bartol. ad l. si quis pro eo. ff. de fidejusso. Felin. ad cap. cùm contingat. extra de jurejur. Turzan. in thesau. commun. conclus. opinion. 159. cent. 2. Petr. Peckius ad c.*

non

non est obligatorium. post gloss. de reg. jur. 6. Dd. in l. stipulatio hoc modo. hoc tit. Georg. Natta ad dict. cap. quamvis. num. 100.

† Utinam nec Papa de renuncianda hereditate, quo 107
ad juramentum, à jure civili diversum *in dict. c. quamvis.* constituisset: rectius fortasse fecisset. Nam præterquam quòd votum captandæ mortis, licet non tam aperte, ut alterum illud de acquirenda, continet: etiam improbæ & extremæ est avaritiæ. *argum. l. 2. §. interdum. ff. de vulga. & pupill. subst.* quæ radix est omnis mali: *1. Timo. 6. versic. 10. Prover. 15. versic. 27.* inhiat sanè hoc pactum juri alieno, & concupiscentiam rei alienæ fovet: atque ita pugnat cum ultimo decalogi præcepto: *Non concupisces &c.* † Atqui Canones 108
nos nō solùm ab ipso peccato, sed peccati etiam suspicione vacuos esse volunt: Imò juramento ideo in plerisque casibus contra jus civile vim tribuunt, ut peccatum evitetur: hîc autem exigendo jusjurandum illud ad peccatum invitant: ut nihil interim dicam de contemptu magistratus, de publicæ disciplinæ negligentia, de legum violatione: contrà quàm præcipit Apostolus *Roma. 13.* & tam à Theologis ibidem, quàm JCtis traditur, leges & statuta etiam in foro conscientiæ obligare ad obedientiam & observantiam. *glos. ad cap. quæ in Ecclesiarum. ibi. Bald. extra de constit. & in c. 2. verb. sententiis. eod. in 6. Bald. ad l. pen. §. illo. C. de necess. serv. hered. instit. Jason. ad leg. certum est. num. 14. Cod. unde legitim. & ad leg. si post divisionem. nu. 6. C. de jur. & facti ign. Andr. Tiraquell. in præfatio. de utroque retract. num. 74.* † Sed cùm usus & mores juratas filia- 109
rum renunciationes receperint; in Germanico-Romano hoc imperio tolerandum est, non sanè propter autoritatem Pontificis, aut juris Canonici æquitatem vel pietatem, sed propter vim ac pote-

statem longævi usus ac consuetudinis: quo jure etiam pacta fraternitatum à supremo magistratu ex certâ causâ confirmata tolerantur inter principes & nobiles (in quibus putatur cessare votum captandæ mortis) alioquin infirma, irrita & prohibita, *Gail. observ. 127. lib. 2.*

VIII. CONCLUSIO.

110 *Res † etiam litigiosæ in stipulationem cum effectu deduci prohibentur.*

tit. Dig. & C. de litigios. Etsi enim in stipulationem *rem ratam haberi? judicatum solvi?* ac similes stipulationes deduci possunt: nec commercio sint exemptæ, tamen alienari prohibentur, atq; ita omnis contractus alienandi causa factus. *l. fi. verb. seu ad alios contractus accesserit. C. de litigios.* Siquidem publicè utile est, ut judicia exitum sortiantur. *ordin. Came. par. 3. titul. 48.* Nam ut Æschines Athenienſis ait: nullius esset momenti civitas, quæ non haberet nervos executionis in contumaces, parumq; esset jura condere, nisi sit, qui eadem tueatur & executioni mandet. Sortientur autē faciliùs, si in eodē statu permaneat res, quo est, dum lis inchoatur. Igitur rectè illi, qui sciens rē litigiosam stipulatus est, perinde uti emisset, opponitur exceptio rei litigiosæ, ostendens infirmam ac irritam talem esse stipulationem, utpote quæ contrahi non debuit. *d. l. 1. ff. de litig. d. l. fin. versic. seu ad alios contractus. & vers. vel per aliam speciem contractus. C. eod. Conf. Mynsing. observ. 55. cent. 1. Anton. Nattam cons. 2. Hartman. Pistor. quæst. 40. lib. 1.*

IX. CONCLUSIO.

111 *Dotales † quoq; res & fundi, ut alienari, ita alienandi causâ in stipulatum deduci lege Julia prohibentur.*

tot.

tot.tit.de fundo dotal.§.1.Instit.quib.aliena.lic.cum ibi notat.à Sneidew.Mynsing.Wesenbec.Hottom.Barone. Publicè enim interest, ut mulieres dotes suas habeant salvas.*l.2.ff.de jure doti.l.1.l.2.ff.solut.matrim.* Sed hæc alio loco plenius.

X. CONCLUSIO.

Multum† quoq; interest, an rei in stipulationem deductæ, tam stipulator, quàm promissor commercium ejus rei, quæ promissa est, an verò alteruter tantùm habeat, & num stipulator saltem illud habere possit, an verò promissor: quippe, quòd stipulator commercio rei carens inutiliter stipulatus censeatur. 112

l.multum interest. ubi Dd.omnes.h.tit. l. mortuo 49. §. 1. ff.d.leg.2 l.cùm servus 39. (aliàs est l. apud Julianum 40.) §. constat.ll.seqq.ff.de legat.1.l.fideicommissa 11.§.si servo. ff. eod. §.leg.1.ff.commun.prædior. Si uterque rei promissæ cõmercium habeat, nulla ratio est, cur dubitare oporteat, valere stipulationem & ex ea rectè agi, nisi ex aliis causis sit vitiosa. Si quoque promissor careat commercio, stipulator non, difficultas præstationis promissorem non liberabit: *arg.l.2.h.t.d.l.multum interest.d.l.mortuo 49.§.1.* & sibi imputabit, quod promisit, cujus ipse commercium & jus possidendi non habet; alius habet. Si verò stipulator ejus commercium non habeat, ideò inanis est stipulatio, quia nequit illud, quod stipulatus est, solutionis causa accipere. Frustrà igitur petit, cujus nullam habet exactionem, cujus nulla ei datio est: *arg.d.l.si stipulor 30. h. t.* Exemplũ hujus rei ex antiquitate occurrit in prædio Italico, cuj⁹ cõmercium peregrinus nõ habebat.

Ulpianus in frag. de domin. & acquisi. rer. Cujac. in tit. Cod. de usucapio. transform. Si tale prædium Romanus promittebat peregrino, inanis erat promissio. Si peregrinus Romano, vel jus Italicum habenti, firma erat. Sic præses provinciæ prædii provincialis in ea provincia, cui præest, commercium non habet; *l. qui officii. ff. de contrah. empt.* reliqui habent. Quod si præses alii promittat fundum provincialem, stipulatio vires habet; si ille sibi dari stipuletur à provinciali, nihil aget. Judæis, hæreticis, paganis, interdictum est Christianum acquirere, possidere, habere mancipium. *titul. C. ne Christian. mancip. hered. vel Jud. vel pag. habe.* Quod si Judæus aut hæreticus Christiano promiserit illud vel illud mancipium Christianum, vires sortitur promissio: si verò Christianus hæreti-
113 co, aut Judæo promittat, nullius momenti erit. † An autem idem obtineat in legatis & fideicommissis, ut si legatarius rei commercium non habeat, in tantum sint inutilia, ut ne quidem æstimatio debeatur: inter Interpp. non convenit. Nam Irnerius, Barto. Jason, Jacob. de Aret. tenent, aliud in ultimis voluntatibus, aliud in contractibus: in illis incapaci nihilominus æstimationem deberi: in his non. Etenim tum tandem, inquiunt, idem in ultimis volũtatibus statuetur, quando nulla diversitatis ratio assignari potest: Hîc autem potest: quia favorabilior, inquiunt, fit interpretatio circa ultimas voluntates, quàm contractus. *Lin testamentis. de reg. jur.* Deinde in stipulatore culpa est, quam sibi imputabit, cùm scire debuisset, vel sciverit, quòd stipulatus sit rem, cujus ipse commercium non habet: secus in legatario: cui nihil potest imputari, cur talis sibi res legata sit, cujus commercium non habet, *arg. l. cùm pater. §.*

surda.

surdo ff. de lega. 2. Rursum quando stipulator non habeat commercium rei, ex ea stipulatione non oritur obligatio, nedum naturalis. *dict. l. multum interest*: at ex legato oritur nihilominus obligatio naturalis. *Julius Clarus recept. sentent. lib. 3. §. testamentum. quæst. 90. num. 2. 3. 4. 5. 6. Didac. Covàrruv. ad cap. cùm esses. extra de testament.* Quartò *in l. sed si res 40. ff. de leg. 1.* Ulpianus respondet: *Si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, æstimationem deberi.* Et Marcianus *in leg. filiusfamiliâs 114. §. si quid alicui. ff. de lega. 1. Si quid alicui licitè fuerit relictum, vel jus aliud, quod ipse quidem* (cui sic relictum est) *propter corporis sui vitium vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem ob causam habere non potuit; alius tamen hoc habere potuit: quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet.* His textibus hoc confici putant, quod illi concludunt, nempe legatario & fideicommissario ejus rei legatæ, vel per fideicommissum datæ, cujus commercium non habent, precium deberi, & ita aliud in contractibus, aliud in ultimis voluntatibus. † Contrà Fulgosius, Guilhelm. de Cuman. item obscurè licet Bartol. Cujac. Donell. *ad dict. leg. multum interest. hoc tit.* contendunt, Imò idem jus hac in parte circa legata & fideicommissa obtinere, quod circa contractus *in dict. leg. multum interest.* respondebatur. Et initio moventur *per l. mortuo. §. Labeo. ff. de lega. 2.* Sed respondent illi, eo loci recitari diversas Jurisconsultorum opiniones, & supplendum esse textum, *ex d. l. filiusfamil. 114. §. si quid alicui. ff. de leg. 1. & dict. l. sed si res 40. eod.* & ita exaudiendum, quasi dicat, Priscus Fulcinius dixit, falsam esse Trebatii, quam Labeo refert, sententiam, existimantis, fundum, cujus commer- 114

cium non habes, tibi legari posse, & dari oportere? hoc inquam falsum esse: at falsum non esse, si quæratur de æstimatione: hanc enim nihilominus & legari & peti posse ejus rei legatæ, cujus commer-
115 cium legatarius non habet. † Sed vehementer fallunt & falluntur ita *dict. §. Labeo.* interpretantes. Sic enim Paulus loquitur: *Labeo*, inquit, *refert, agrum cujus commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse: quod meritò Priscus Fulcinius falsum esse ajebat. Sed Proculus, si quis heredem suum eum fundum, cujus commercium is heres non habeat, dare jusserat ei, qui ejus commercium habeat; putat heredem obligatum esse: quod verius est, vel in ipsam rem, si hæc in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in ejus æstimationem.* Disertè, inquam, Trebatii sententia *in dict. leg. mortuo 49. §. Labeo. ff. de lega. 2.* refutatur à Labeone relata, tam quo ad æstimationis præstationem, quàm quo ad ipsum corpus: neutrum enim deberi legatario, qui ejus rei commercium non habet, tum autoritate & Fulcinii & Proculi, tum argumento à simili probat. Fulcinius absolutè falsam Trebatii opinionem pronunciavit: Proculus in proposita facti specie *in versic. Sed Proculus.* decidendo à Trebatio recessit. Deinde talis facti species proposita erat Proculo: Quidam testator heredem scripserat Titium provincialem, eumque jusserat, ut fundum Cornelianum, qui juris Italici erat, Sejo jus Italicum habenti daret: quærebatur, an huic Sejo fundus deberetur? Respondit Proculus, etsi ipse heres, qui jussus dare, fundi illius commercium non habet; si tamen is habet, cui legatus est: aut ipse fundus, ut rectè legatus, dari debet, si in bonis testatoris est, aut ejus æstimatio. Sicut ergo Proculus in hac facti specie distinctione adhibuit,

an

an legatarius etiam habuerit commercium, nec ne? ita in omni alio adhibere eam oportebit. Non ergo Jason & alii per suprà positam responsionem & supplementum effugere possunt: imò text. ille tale supplementum respuit. Secundò pro hac affirmativa sententia facit *d. l. filiusfam. 114. §. si quid alicui.* Nã Marcianus hoc ostendit: si quid alicui legatario licitè; h. e. secundùm leges & qualitatem rei capaci, legatum est, quod propter corporis sui vitium, aut ipsius rei qualitatem, vel quam aliam ob probabilem causam habere non potest, alius potest, tum æstimationem deberi. Separat igitur distertè casum, quo res relicta est, cujus cõmercium nõ habet legatarius, ab eo casu, quo usum ejus habere vel possidere non potest: veluti, si cæco conspicilla sunt legata, vel imperito rustico bibliotheca, aut muto militia; vel peregrè habitanti fundus, aut tale prædiũ, cujus retractum habẽt consanguineus vel vicinus ex morib. ejus civitatis: tũ æstimationem dabit heres: priore casu minimè. Sic tertiò *in l. cùm servus 39. (aliâs l. apud Julia. 40.) §. fin. de leg. 1.* Ulpianus tradit, Salustianos hortos, qui Augusti sunt, & Albanũ fundum, qui similiter Imperatoris est, non rectè legari, quia sit instar theatri, fori, campi Martii: ut ita commerciũ non habeat legatarius: igitur ne quidem æstimationẽ deberi. † Nõ 116
obstat consideratio negantium, quòd plenior & benignior interpretatio facienda circa ultimas voluntates: q̃ omnino procedit, ubi quæstio de ambigua voluntate & sensu verborum est: *ut ex d. l. in testam. l. in obscuris. de reg. jur. cũ ibi not. palàm est.* Hic in eo q̃stionis genere nõ versamur: sed quid juris obtineat in re legata? Quòd si ubicũq; plenior interpretatio volũtatis facienda, hæc regula tantũ valeret, ut q̃ res deberi

non posset, ejus æstimatio nihilominus præstanda: sanè & eo casu, quo horti Salustiani, fundus Albanus, fundus Cæsaris, quo res religiosa, vel theatrum vel similes res legatæ essent, idem efficeret propter rationis identitatem. Sed hoc posterius falsum Interpp. agnoscant necesse est, *per d. l. cùm servus 39. §. constat. ff. de leg. 1. & quæ suprà dicta sunt in concluſ. 2. 3. 4.* Ergo & prius illud irritum fateantur. † Deinde nemo plus, nemo aliud voluisse præsumendus est, quàm per legem licet. *arg. l. nemo potest. ff. de leg. 1. l. non dubium. C. de legib. ibi Coras. Jas. Alexan. Bald. gloß. in l. in re. C. mand. Jas. in l. post dotem. num. 32. ff. solut. matrim. Bartol. in leg. demonstratio falsa. §. 1. numer. 13. ff. de conditio. & demonstr. Bald. ad legem illa institutio. ff. de hered. institut. per leg. 1. Cod. de falsˇ. cauſ. adject. facit l. 1. & seqq. ff. si cui plus quàm per legem. §. primo. ibi Dd. Institut. de leg. falcid.* Præterea si tibi tua res legata sit: neq; res, neque æstimatio debetur. *§. sed si rem. Inst. de lega.* cessante videlicet jam voluntatis quæstione. Quod si illud in re, cujus cõmercium habes, sed in eâ causâ est, ut tibi deberi nõ amplius possit, verum est; quantò magis in re, cujus commercio cares? Atq; hac ratione etiam secundũ infirmatur. Ad tertii argumenti minorem respondetur: hoc theorema lite non carere: imò censetur merum esse Dd. figmentum, cùm nullo textu juris confirmetur: ut ex Claro *d. quæst. 90. nume. 5. & 6.* constat, & egregiè refutatur à Dida. Covarru. *ad c. cùm essˇes. num. 9. versˇ. tertium. extra. de testam. fac. l. ex imperfecto. ff. de leg. 3. l. ex imperfecto. C. de testam. ubi Jason.* Sneidew. *ad tit. Inst. de testa. quæst. de solenni testam. num. 11.* Deinde concedamus, veram esse, huc tamen non quadrat: intelligitur enim de minus solenni testamento, eoq; imperfecto, quod si ratione voluntatis imperfe-

117

ctum

ctum erit, adeò nullius momenti censetur, ut ex eo nihil deberi queat. Si ratione solennitatum, jam legata & fideicommissa saltem naturali obligationis vinculo sustineri putant, modò res tales legatæ sint, quæ legari licitè queũt: & illud ex Julio Clar. *d. quæst. 90.* & glossis aliisq; ab eo allegatis autoribus perspicuum est. Quod si indistincte naturalem operaretur obligationem sine rerum legatarum distinctione, etiam feudi, etiam Salustianorum hortorum, etiam Theatri, etiam campi Martii legati naturalis foret obligatio: quo quid falsius? † Ad *l. sed si res 40. ff. de leg. 1.* descẽdo. Sanè hic textus omnibus offendiculo fuit. Duarenus, quem hac in parte sequitur Julius Pacius *cent. 6. antinomiar. quæst. 6.* putat, propter hunc textum distinguendum esse inter legatum & fideicommissum: & idẽ juris esse circa legata, quod circa stipulationem *in d. l. multũ interest. h. t.* responsum legim⁹: atqui secus esse in fideicommisso, nempe, ut si res deberi vel dari nõ possit, æstimatio solvatur; & ita moderationem patiatur regula *in d. l. multum interest. & in dict. l. mortuo. §. Labeo. ff. de leg. 2.* quoad fideicommissa propter summum eorum favorem, pinguiorem naturam, & longè benigniorem interpretationem. Cujacius cernens hanc distinctionem in eandẽ reprehensionem incurrere, quam communis schola Dd. meruit, nec quicquam efficaciæ inesse argumẽto diversitatis, quod Duarenus & post eum Jul. Pacius à favore interpretationis & natura fideicommissi deducit, maximè cùm illo jure, quod tempore Ulpiani floruit, nulla res per fideicommissum utiliter relinqui potuerit, quæ nec legari: item cùm his solis per fideicommissum relinqui aliquid potuerit, quibus & legari. *§. legari. §. incertis. Inst. de leg. Ulp. in fra-* 118

gmen.tit.de fideicom. textum putavit *in d.l.sed si res 40. de lega.1.* emendandum, *& in vers.ei cui jus possidendi non est,* tollendam particulam negativam *non*: ut legatur: *ei cui jus possidendi est*: idq; censet *ad d.l.multũ interest.* Sed fide dignorum exemplarium testimonio caret: Habet etiam aliquid falsi. Nam ita per *d.l.sed si res 40.* hęc cõficeretur regula: quoties per fideicommissum aliquid relictum erit, cujus possidendi jus habet fideicommissarius, non ipsa res, sed æstimatio dabitur: quo nihil falsius. Imò verò etiam si res ab eo, qui jus commercii non habet, legatum fuerit illi, qui jus possidendi habet, aut res aut æstimatio detur: *l. mortuo 49. §. Labeo. ff. de leg. 2. §. non solùm. § §. seqq. Instit ut. de lega.* Quod autem in legatis jus est, illud etiam in fideicommisso. *l.1. ff. de lega.1.* Melius itaq; cum Donello *d.l.sed si res 40.* sic accipiemus: Testator legaverat Titio homini Græco, jus civitatis & Italiæ non habenti, fundum suum Italicum in Gabiorum agro: eundemq; Titium rogaverat, ut hunc fundum restitueret Gajo Spoletano jus Italicum habenti: sed Gabiorum magistratus olim decreverat, & usu observabatur, ut nulli Spoletanorũ, Æquorum, Hernicorum, Apulorum, &c. domicilio & incolatu Gabiis carenti jus esset apud Gabios quicquam rerum immobilium possidendi. Vel, ut hodie jus est: Testator Titio Judæo legavit mancipium Christianum, eundemq; rogavit, ut Gajo Christiano civi Romano & Romæ domicilium habenti: ex fide bona restitueret: sed mancipium illud legatum olim huic testatori hac lege venditum erat Romę, ut extra Italiã exportaretur, nec unquam Romam rediret. *ut tit. C. si serv. export. vene. l.1. & tot. t. ff. de servis export.* Utroq; illo casu, legatarius Titius non habet jus cõmercii,

ne-

nedum possidendi: Utroq; casu Gajus fideicõmissarius etsi rei illius commercium habet, jus tamen possidendi nõ habet. Quæritur ergo quid juris? Respondet Ulpianus, cùm jure possidendi, non autem cõmercio rei datæ careat fideicommissarius, ipsam quidem rem præstari nõ debere, sed æstimationem: & ideò hoc casu hanc æstimationem, eãq; solam petet legatarius; eam ex fideicommisso restituturus; *l. cùm ei 42. ff. de lega. 2.* quam minimè petere posset, si ipse capere debuisset. Unde liquet, *d. l. sed si res 40.* non esse contrariam *d. l. filiusfamilias 114. §. si quid alicui.*† Nã 119
tum demum debetur æstimatio ejus, quod relictum est, si commercium rei habeat legatarius aut fideicommissarius, licet rem possidere, habere, uti, vel consequi non possit ob aliquam non-inhonestam causam; veluti quòd nimis remotum habeat domicilium; vel quòd nimis difficulter possit comparare; aut ob corporis vitium, vel qualitatem. Et hanc sententiam, ut veriorem, sequitur tandem, obscurè licet, Bart. Guilhel. de Cuman. Fulgo. Cujac. Donell. *ad d. l. multum interest. h. t.*† Secundùm quos, nec *l. fidei-* 120
commissa 11. §. si servo. ff. de leg. 3. obstat: imò hanc sententiam confirmat: Distinguit enim Jurisconsultus inter testatorem scientem & ignorantem, an servus fuerit nec ne, cui militiam legaverat: si scivit servum esse, legatum valere jubet; ita tamen, ut æstimatio domino solvatur: quia ipsi domino legasse censetur: si verò ignoravit, legatum pronunciatur inutile: quia credibile non est, quòd ulli alii militiam voluerit acquisitam, quàm cui nominatim legavit: cùm res sit personalis; & electam habeat personæ industriam.

XI. CONCLUSIO.

121 POrrò † *si res commercio exempta, veluti homo liber, res sacra, vel cujus commercium stipulator non habet, promissa sit, adeò inutilis & irrita censetur hæc stipulatio, ut ne quidem ex post-facto, si homo ille fiat servus, vel res sacra profanetur, aut stipulator commercii capax fieri incipiat, vires accipiat.*

§. 2. & 3. Institut. de inutilib. stipulat. l. inter stipulantem. §. sacram. ubi Bartol. Bald. Ludov. Roma. Fulg. Jason, Alciat. Duaren. Cujac. Donell. l. existimo. hoc tit. Cujac. ad l. 16. h. tit. Cujac. observat. 4. lib. 4. Quod enim initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. *l. quod initio 29. de reg. jur. l. 1. & tot. tit. ff. de regul. Catonian. l. cæteræ 41. §. tractari. ff. de lega. 1. ubi Jason & alii Interpp. l. qui res 89. §. aream. ff. de solutio.* Potest homo liber servus fieri, aut quòd à patrono ob ingratitudinem in potestatem redigitur, aut se pretii participandi gratiâ venundari patitur. *§. servi autem. Institut. de jur. person.* Sed ejusmodi casum in homine libero sperare & turpe est, & invidiosum; imò tristissimum. *d. l. inter stipulantem. §. sacram.* Sic res sacra exauctorando & hostium occupatione fit profana. Sed & religio, & odium hostilis inimicitiæ vetat ejusmodi casum expectare. Extremæ sanè & turpissimæ illud esset avaritiæ, *arg. d. l. 2. §. interdum. ff. de vulg. & pupilla. substit.* & instar sa-

122 crilegii. † Proinde rem tuam propriam si stipulatus es purè, ex stipulatione non ages, etiamsi postea desinat tua esse. *d. §. 2. Inst. de inutil. stipulat.* Sic si Christianum mancipiũ à te Judæus vel hæreticus stipulat' est, ex ea stipulatione tecũ non aget, etiamsi ille baptis-

ptissimum postea susceperit, hic hæresin suam agnoscat, revocet, ad gremium ecclesiæ revertatur, & orthodoxus fiat. Et illud est, quod Justinianus paucis complexus est *in d. §. 2. Institut. de inutil. stipulat.* *Nec in pendenti*, inquit, *erit stipulatio ob id, quòd publica res* (puta theatrum vel basilica, aut portæ) *in privatum* (commercium) *deduci* (aliquo casu) *& ex libero* (precii participandi causâ vendito) *servus fieri potest, & commercium* (cujus alii capaces erant) *adipisci stipulator* (hactenus incapax, vel quòd peregrinus vel provincialis erat, aut Judæus, vel hæreticus) *potest* (revocato errore, susceptoque baptismo, jure civitatis Romanæ impetrato) *& res sua stipulatoris desinere potest: sed protinus inutilis est:* ut scilicet nec in pendenti ex hoc eventu maneat, nec hanc conditionem expressè admittat, nisi quis rem suam in eum casum, quo sua non erit, stipulatus sit, *d. l. nemo 87. h. t.* item si sub conditione stipulatus sim rem meam, modò antequam conditio existat, res ista desinat mea esse, valet stipulatio. *l. si rem 31. d. l. nemo 82. d. l. nemo 87. cum ibi not. h. tit. l. existimo. d. l. inter. §. sacram. h. tit. Dd. ad l. quod initio 29. de regul. juris.*

† Hæc enim Catoniana regula, quod initio vitiosum 123
est, ex postfacto non convalescit, intelligitur vera in stipulationibus & legatis puris & in diem, non etiam in cõditionalibus, ut notant Interpp. *ad d. l. quod initio 29. ad d. l. nemo 82. d. l. existimo. h. tit. per l. 1. ll. seqq. ff. de regul. Catoniana. d. l. catera. §. tractari. ff. de lega. 1. l. si rem. ubi Dd. h. tit. l. neque. de reg. juris.* Sic si quis jus possidendi non habeat tempore stipulationis, vel dati legati conditionalis, pòst verò, antequam conditio eveniat, habeat, valet & legatum & stipulatio. *d. l. 1. §. 1. l. 3. l. 4. de regula Caton. l. catera 41. §. 1. de lega. 1.* † Quid igitur si 124
homo liber, si res sacra, si theatrum, si Judæo Chri-

ſtianum mancipium ſub conditione promiſſum ſit, & antequam conditio illa exiſtat, homo ille fiat ſervus, res fiat profana, theatrum privatum, Judæus baptizetur? an & tum ex hoc eventu vires habebit ſtipulatio? Minimè. *l. inter ſtipulantem. §. ſacram. h. t. §. 1. & 2. Inſt. de inutil. ſtipulat. Dd. in d. l. multum intereſt. h. t. d. l. cùm ſervus 39. §. fin. de lega. 1.* Nam etſi ſtipulationis effectus, qui in dando faciendoq; conſiſtit, & in producenda obligatione, ſuspenditur, donec conditio illa eveniat: tamen in præſenti, quando contrahitur ſtipulatio, oportet eam vires accipere; tum ex forma tum ex re ſubjecta, & conditione contrahentis, *per d. l. inter. §. ſacram. verſ. quia nec præſentis. l. exiſtimo. l. pluribus. §. 1. h. t.* Atquin ea, quæ naturâ ſui poſſibilia ſunt, tantùm in obligationem deducuntur. *d. l. inter. §. ſacram. h. t.* † Itaq; hæc illius regulæ limitatio ſive exceptio, qua dicitur regulam Catonianam ad conditionales ſtipulationes & conditionalia legata non pertinere, tantùm vera eſt in his rebus, quę ſunt in commercio omnium, & ipſius etiam ſtipulatoris, nec turpitudinem ex præſenti habent: in cæteris ſecus. *per d. l. cætera 41. §. 1. ubi gloſs. & Dd. d. l. 1. §. 1. d. l. 3. & l. 4. d. l. inter ſtipulantem. §. ſacrã. l. unic. C. ſi rect. provin.* Sunt ſanè, qui putant ejus rei, quæ quidem in communi commercio eſt, ſed ex commercio ſtipulatoris exempta, ut ſi Judæus ſtipuletur mancipium Chriſtianum, vel hæreticus, aut præſes provinciæ à provinciali fundũ provincialem &c. ſub conditione factam promiſſionem valere, ut ſi hæreticus ad ſanam mentem, Judęus ad Chriſtianiſmum revertatur, & præſes fiat privatus, antequam conditio exiſtat: quia ſatis eſſe ſtipulationem ex præſenti, quo ad ſubſtantiam, vires capere; ut ex ea res dari poſſit, ſi conditione exiſtente res

125

te res non ampliùs impediatur dari. Sed hæc mihi sententia ideò displicet, quòd propter rei qualitatem & personæ conditionem ex præsenti substantiam stipulatio sumere non potest. *d. l. multum interest 34. hoc titul.* Sicut enim res sacra, res religiosa: theatrum, porta, in ea conditione est, ut naturâ nequeat in illius stipulationem deduci: sic etiam talis res, cujus commercium stipulator vel uterque & stipulator & promissor non habet, alius habet, in ea conditione est, ut in hujus stipulationem deduci nequeat, lege prohibente. † Non enim sola datio vel traditio ejusmodi rei improbatur, ut accidit in rebus, cujus quidem stipulator commercium habet, jus possidendi & utendi non habet; sed ipsa promissio, ipsa stipulatio inutilis dicitur; quia perinde illi est, in cujus commercium non veniet, ac si penitus commercio cæterorum quoque esset exempta. *Intl. l. unic. C. ne Christia. mancip. hære. Judæus*, inquiunt Impp. *servum Christianum nec comparare debebit.* Comparare non solùm est, ex traditione acquirere, sed & negotiari. Sic *in l. unic. C. de contract. judic.* ipsi contractus inutiles, nulli & irriti etiam post quinquennium pronunciantur, nisi finitâ administratione, novâ conventione sint firmati. Idem est in cæteris rebus, quæ venire non possunt, de quibus *in titul. Cod. quæ res venire non possunt.* item *quæ exportari non debent.* Idem de eunuchis *titu. Cod. de eunuch.* Sic nec sponsalia tempore administrationis contracta, finitâ eâ, exitum habere possunt sine novo consensu. *l. unic. C. si rector provinc.* Extenditur porrò hæc conclusio rectè ad civitatum vel locorum statuta, quibus cavetur, ut forenses non possint res immobiles, vel quas alias emere, aut possidere in iis territoriis vel civitatibus: *de quibus proli-* 126

xè Fabian. de Monte. in tract. de empt. & vend. quæst. 3. princip. num. 45. & 46. post Bartol. in l. fin. Cod. de SS. Eccles. per l. dudum. C. de contrah. empt. & vend. Nam ejusmodi stipulatio cùm ab initio non valeat statuto prohibente, nec ex postfacto convalescere potest: meritóque distinctio locum habet; quæ *in d. l. multum interest. h. t.* proponitur: prout eo loci etiam Dd. responsi illius decisionem ad ejusmodi statuta accommodant, *ut & in l. 1. C. non lic. hab. lib. 11.*

XII. CONCLUSIO.

127 *ETsi † quidem stipulatio prætextu accusationis institutæ vel instituendæ ritè & sine mortis vel cruciatus timore interposita, ne quidem exceptione infirmanda sit: si tamen ob ejusmodi non instituendam vel prosequēdam accusationem criminis, de quo paciſci & transigerè non liceat, pecunia sit promissa, petitio denegatur, hoc est, stipulatio ista pro infirma & inutili habetur.*

128 *l. si quidem 9. C. de contrah. & commit. stipulat.* † Oportet omnem stipulationem contractam esse sine justo metu & terrore atrociore: alioquin doli mali & metus exceptio petitionem infirmat. *d. l. si quidem. l. 1. leg. 2. tot. tit. ff. de doli mali except. de qua re cap. 3. conclus. 7.*

129 † Deinde oportet talem rem esse, quæ in stipulationem deducitur, de qua & paciſci licet. *l. 7. §. si paciſcar.*

130 *ubi Dd. ff. de pact. ut concl. 1. & seq. diximus.* † Igitur ut de crimine aliquo non accusando rectè stipulatio sit contracta, necesse est, hæc duo concurrere, & licere de tali crimine paciſci: & stipulationem metu ac do-

131 lo non esse extortam. † De quibus igitur criminibus

bus paciſci licet? Illud communi Dd. ſuffragio explicatur *in l. transigere. C. de transact.* duabus regulis & totidem exceptionibus. Breviter perſtringere placet, non ſingula nunc exactè. † Prima regula hæc eſt: 132
Transigere & paciſci licet de omni crimine capitali ſanguinis pœnam ingerente, dict. leg. transigere. ibi poſt omnes Martin. Del-Rio. C. de transact. cujusmodi eſt homicidium, latrocinium, hodie, ex moribus & Friderici conſtitutione, furtum quinque ſolidos excedens per effractionem & pacis publicæ violationem commiſſum, *auth. ſi quis quinque ſolidos. C. de furt. & conſti. de pace tenen.* De his igitur & ſimilibus non accuſandis, ut paciſci & transigere, ſic & ſtipulari permiſſum eſt, tam reo, quàm actori. † Licet enim unicuique ſanguinem 133
ſuum qualitercunque redimere. *leg. 1. ff. de reb. eor. qui ante ſent. mor. Connan. lib. 5. comment. cap. 7.* &, ut Cic. pro Milone: eſt hæc non ſcripta, ſed nata lex, ſi vita noſtra in aliquas inſidias, ſi in vim, ſi in tela inimicorũ incidiſſet, omnis honeſta ratio eſſet expediendæ ſalutis. † Sanguinis autem pœnam *in d. l. transigere.* in- 134
terpretabimur eam, quæ animæ amiſſionem adfert, *per l. licet 103. cum ibi nota. à Johan. Brech. Alciat. Forner. Rebuf. & aliis. ff. de verb. ſign. Cujac. obſ. 11. lib. 6. arg. l. 1. ff. de reb. eor. qui ante ſent. mort. l. in omnibus. ff. de prævaric. l. fin. §. ult. C. de Jude. & cælico.* † Eſt enim ſanguis vehiculum vi- 135
tæ: quo ſenſu *Lev. 17. verſ. 14.* Moſes dixit, animam carnis in ſanguine eſſe: *Philip. Melanch. de anima.* & Draco ille legislator, ob ſeveritatẽ leviſſimis peccatis mortem pro ſupplicio ſtatuentem, ſanguine humano non atramento leges ſcripſiſſe dictus eſt. † Itaque 136
audiendi non ſunt, qui fuſtigationem, qui membri amputationem, qui flagellationem, multò minus qui deportationem & exilium ſanguinis pœnam ha-

bere dicunt. Nam præterquam, quòd in exilio nulla sanguinis vel laceratio vel profusio est, & ne quidem corpus aliquo dolore, sed animum & existimationem afficit. *l. penult. ff. de var. & extraord. cogn.* † In
137 flagellatione & fustigatione, sanguinis quædam profusio esse potest, sed non alia, quàm qualis per scarificationem vel phlebotomiam esse solet: Quæ, ut per se sanguinis pœna non est, nec mortem rectè adhibita adfert; ita nec flagellatio & fustigatio; nisi quis intelligat eam flagellationem, quam excoriationem veteres appellabant, lege XII. Tabul. constitutam in milites stationum desertores, & eos, qui famosum carmen conscripserant ediderántve. *Cælius Rhodig. libr. 12. antiq. lectio. cap. 5. Alexan. ab Alexand. lib. 2. genial. dier. cap. 13. D. Augustinus libr. 11. de civita. Dei cap. 9.*
138 *Horat. 9. epistol. 1.* † Sic etsi in membri amputatione sanguinis profusio quædam est: sanguinis tamen pœna non est, cùm vitæ vehiculum non tollat, sed tantùm in membro illo resecato sistat, ut rectè Menoch. *de arbitr. judic. quæst. libr. 1. quæst. 86. numero 9. & sequentib.* Martin. Del-Rio. *ad d. l. transigere. nu. 38.* contra Julium Clar. *lib. 5. recept. senten. §. ult. quæst. 58. num. 7.*
139 & quosdam alios defendit. † Nec facessit negotium Dyni argumentum, quod *ex §. adhæc prohibemus. vers. citra tamen novissimum supplicium aut membri amputationem. Novell. 128. de collatoribus:* eò, *quòd conjungitur membri amputatio cum novissimo,* hoc est, ultimo supplicio, colligit, esse & eam speciem pœnæ sanguinis. Nam consequens argumenti falsum est, idque intelligetur, si quis addat ei propositionem, fortasse talem: Quæ simul junguntur, sunt genere proximo idem: vel quæ simul junguntur, & de quibus idem jus statuitur, sunt ejusdem generis proximi species.

Falsa

Falsa enim utraque est: cùm non omnia, quæ sermone & dispositione copulantur, statim sint idem vel genere vel specie. *gloss. & Dd. ad Rubr. Dig. de jur. & fact. ignoran. & ad l. alienationis. §. fin. & l. seq. de verb. signif.* Deinde à sensu & intentione Justiniani remotũ est hoc Dyni argumentum, cùm disponat de vicario sive legato præsidis: quatenus & quomodo possit ante præsidis adventum judicando progredi & causas expedire, nempe quatenus ea agit, quæ jure magistratus competunt, & mixti sunt imperii, non etiam, quæ sunt meri imperii, & speciali beneficio dantur, *juxta leg. 1. leg. ultim. ff. de offic. ejus cui mand.* idque per hæc duo exempla indicat Justinianus.

† Abscissum, ajunt, membrum moritur: quia separatio fit animæ & illius corporis, puta manus, vel pedis amputati: cùm anima tota sit in qualibet corporis parte, ex sentẽtia Arist. 2. de anima. & lib. de commun. animal. motu, ut Anton. Gomez. *de divid. & individuis. num. 15. vers. istam rationem.* ait. Ergo abscissio membri, est pœna sanguinis. Sed membrum abscissum impropriè mori dicitur; cùm revera non fiat animę & corporis separatio, sed membri subductio & detractio. Nequit enim anima per partes extingui, nequit per partes separari. † Deinde à Dn. Philipp. Melanch. *in libel. de anima*, falsum arguitur, & à nemine, ut ille ait, Philosopho proditum, quòd anima sit tota in qualibet corporis parte: si id esset, tota p singulas partes à reliquo corpore separaretur. † Excipitur autem ab hac prima regula crimen adulterii. *in d. l. transigere.* non solùm, sed & *in l. crimen 10. Cod. ad leg. Jul. de adulter.* ubi Alexander Imp. qui ętate & tempore Diocletianum atque Maximinianum, autores *d. l. transigere.* præcedit, prohibet de adulterio paciscì

140

141

142

143 & transigere. † Cujus exceptionis rationem variàm inveſtigárunt Interpretes; ſed vix invenêre. Cujac. *obſervat. 11. lib. 6. obſervat. 18. & 19. lib. 20. obſervat. 39. lib. 19.* ſecutus Alciatum *in d. l. tranſigere.* rationem exceptionis hanc eſſe exiſtimat, quòd olim ante D. Conſtantini conſtitutionem *in l. quamvis 30. C. ad l. Jul. de adulter.* pœnam ſanguinis non habuerit: quia ne quidem capitis fuerit, quód etiam Antonio Fabro *lib. 2. conjectu. cap. 20.* placuit, contendenti Treboniani, non Imp. Alexandri, verba eſſe *in l. caſtitati 9. C. ad l. Jul. de adulter.* ℣ſ. *ſi quocunque modo capitalem pœnam evaſerit.* Ideoque cùm de criminibus ſanguinis pœnam non habentibus transigere & paciſci nefas ſit, nec promiſſum eo nomine queat peti, *d. l. tranſigere. d. l. ſi quidem 9. C. h. tit.* fuiſſe hoc crimen jam poſt latam legem Conſtantinianam à prima illa regula exceptum in hac conſtitutione. Sed ita textus corrumpitur, & hæc exceptionis ſurrogatio imputatur Treboniano: quippe, quòd Diocletianus & Maximinianus autores *d. l. tranſigere.* ad hanc Conſtantini futuram conſtitutionem oculos figere non potuerint. Et reprehendunt omnes audaciam Hottomanni textum *d. l. tranſigere.* corrumpentis. Anton. ergo Fab. *d. cap. 20. lib. 2. conjectur.* arbitratur illa verba, *excepto adulterio,* ab imperito gloſſatore adjecta eſſe, non à Trebonîano: qui ſi crimen quoddam excipere voluiſſet, utique raptum excepiſſet, *propter l. unic. C. de raptu virgin.*

144 † At Martin. Del-Rio *ad d. l. tranſigere.* probat idoneis autoribus, jam tum ante Imperium Diocletiani & Maximiniani capitale fuiſſe, & ſanguinis pœnam meruiſſe ex conſtitutionibus, ſive Divi Pii, ſive Divorum fratrum; ut ex Apulejo liquet, quem vixiſſe probabilius eſt horum Impp. tempore. Imò idem flagi-

flagitat *l. castitatis 9. Cod. ad L. Jul. de adulter.* quæ est Alexandri Imp. † An autem ex ipsa lege Julia de adul- 145
teriis capitale fuerit, & ita capitale, ut plerunque etiam sanguinis pœnam habuerit: adhuc lis sub judice est. Negant id Cujacius dd. locis, Didacus Covarru. *cap. 17. practic. quæstion.* Jul. Clarus *in §. adulterium. libr. 5. §. ult. recept. sent. num. 1. 2. 3.* Justus Lipsius *in comment. ad Cornel. Tacit. libr. 4. annal. ab exceſs. Augusti ad fol. 133.* Rævard. *lib. 4. varior.* Hottoman. *in illustri quæst. 23.* Anton. Fab. *lib. 2. conject. cap. 20.* Movet eos *l. Clodius 13. ff. de his quib. ut indign. & ibi gloſs. l. qui cum uno. §. adulterii. ff. de re militar. l. 2. §. miles. ff. de his, qui not. an. infam. l. si quis viduam. ff. de quæstion.* ubi adulterium cum inceſtu nõ majore, quàm deportationis pœna plectitur: & licet deportationem asserat *Alciat. lib. 5. paradox. cap. 8:* Cujacius tamen contra relegationem fuisse pœnam ordinariam statuit; & vult mendum esse *in l. miles 11. ff. ad Jul. de adulter.* & pro *relegari* positum esse *deportari:* aut in milite pœnam fuisse adulterii gravioré, quàm in plebeis. Lipsius autem *lib. 4. Taci.* interpretatur ita, ut & in milite relegationis pœnam fuisse statuat: quippe, quod Plinius scribit, Trajanum in exilium misisse, J. Lipsius intelligit, ac si dixisset, relegavit adulterum militẽ. Sed vix hoc dari potest. Nam præterquam, quòd idonei occurrunt autores affirmantes; imò capitalem fuisse ejus flagitii pœnam, & quidem graduum differentiâ (ut in omni pœnarum & delictorum genere apud Romanos accidisse nõ solùm ex universo Corpore Juris Justinianei, sed etiã ex Livio, Tacito, Dionys. Halicar. Dione, Suetonio, Floro, & infinitis aliis notum est) observatâ sanguinis: veluti Justinianus ipse, *in §. item lex Julia. de adulteriis. Institut. de public. judic.* Fulgos. *ad l. quamvis 30.*

Cod. ad l. Jul. de adulter. Johan. Corasius *lib. 2. miscell. cap. 1.* Menoch. *2. de arbitrar. jud. quæstion. cas. 290. num. 3. 4. 5.* Andr. Tiraquell. *leg. 13. connubial. num. 20.* Polydorus Virgilius *lib. 3. de invention. rer. cap. 17.* testantur, & præterea etiam egregia extant argumenta, quibus id, si non cõvincitur, certè valdè probabile redditur, aut planè incertum, ut neq; negare, neq; affirmare audeas. Et qua fronte, quo argumento Justinianum & Trebonianum falsi testimonii in prædictis locis audent accusare? Qua fronte dixerit Anto. Faber contra omnium exemplarium fidem, imperiti glossatoris verba esse, *excepto adulterio*, non Imperatorum? Quid, quòd omnia, quæ allegant, sint ex corruptis moribus à legis severitate declinantibus? Lex enim de maritandis ordinibus, & stupri judicio, quoties contra pravos mores, quibus vivebatur, restituta. Refert Suetonius *in Octa. Augusto cap. 5.* Cajum Lectorium adolescentem patritii generis *in deprecanda graviore adulterii pœna*, præter ætatem atque natales hoc quoque patribus conscriptis allegasse, se esse possessorem ac velut ædituum soli, quod primùm D. Augustus nascens attigisset. Si pecuniaria, si relegationis solummodò fuisset pœna, graviorem antiqua, & olim ante legem Juliam usitata, non appellasset. Tacitus *libr. 2. annal.* de Apuleja Varilia scribens; *Et de adulterio*, inquit, *satis caveri lege Julia visum est: sed Tiber. Cæsar adulterii graviorem pœnam deprecatus est, ut exemplo majorum adultera à propinquis suis ultra ducentesimum lapidem removeretur, suasit; adultero Italia & Africa interdictum est.* Tum temporis notum est, Tiberium voluisse laudem clementiæ captare, dum adhuc mali ipsius affectus latarent. Constat ergo legis rigorem majorem injunxisse pœnam, quàm

est

est relegatio, vel exilium. † Quinimò ipse Justus 146
Lipsius *ad libr. 4. Taciti*, de hac re disserens: *Dicam*, inquit, *verè, parum certa res est.* Valde autem à vero & usu populi Romani remotum est; quod Justus Lipsius ibidem subjungit: *Exempla relegationis, quæ in historia*, inquit, *in personis eximiis videri possunt à severitate principum, non à lege: aliudq; servatum fortasse in hominum vulgo.* Quibus verbis videtur ex Senecæ querelis de frequentia adulteriorum hoc colligere: imò *severiorē relegationis pœnam ex principū sævitia, non ex lege fuisse, tantùm in personis eximiis: in humilioribus fortasse lōgè leviorem, & hinc illam criminis frequentiam*, de qua Seneca. Sed quomodo jam legem Juliam de adulteriis rectè Ulpianus & alii retulissent inter leges capitales? *l. 1. ff. de public. judic.* Quomodo id conveniret cum perpetua illa JCtorum doctrina, leges & Impp. pœnas graviores de eodē delicto infligere humilioribus, quàm honoratis & eximiis personis? *l. in servorum 10. l. Divus 15. leg. capitalium 29. §. non omnes. & §. fin. ff. de pœn.* Quomodo pœna adulterii ex lege, quo ad vulgus, imò etiam quo ad honoratos, non fuerit pecuniaria, nec par stupri? † Nulla enim pœna est relegatio- 147
ne levior, quàm pecuniaria, quàm quæ est in aliqua vel omnium bonorum publicatione: omnis, inquā, etiā levissima corporalis, puta castigatio, fustigatio, relegatione & major & gravior censetur. *l. 6. §. fin. ll. seqq. ff. de pœn.* † Est & illud, uti novum, ita mirabile, 148
quod eodem loco Just. Lipsius tradit, Ovidium fuisse ab Augusto propter adulterium secundùm legem Juliam relegatum; juxta illud:

Quippe relegatus, non exul dicor ab illo.

Ab ipso Ovidio duæ adferuntur exilii sui causæ: totidem ab aliis; adulterium hactenus, quod sciam, à

nemine. Unam adfert *1. Triſtium*; carmen ſcilic. de amore: alteram *in Eleg. 1. & Eleg. 8. circa fin.* quòd *aliquid viderit, & noxia lumina fecerit*, ejus, quod nefas erat aut ab ipſo Auguſto, aut filia ejus commiſſum, idque temerè vel ſparſerit, vel ſuggeſſerit Auguſto, cui inde ingens dolor extitit. Utramque cauſam *2. Triſt.* conjungit & exaggerat:

Perdiderint cùm me duo crimina, carmen & error:
Alterius facti culpa ſilenda mihi.
Nam non ſunt tanti; renovem ut tua vulnera, Cæſar,
Quem nimio plus eſt indoluiſſe ſemel.
Altera pars ſupereſt, qua turpi crimine læſus
Arguor obſcœni doctor adulterii.

149 † Sed ut ut ſit, neque hæc, neque iſta (alium locum, aliud tempus & integrum commentarium requirêtia) nunc diſputo: ſaltem indico: quòd ipſis Cujacio & Lipſio fatentibus res incerta eſt & dubia. Quî potuit ergo Cujacius rationem hujus exceptionis requirere à re tam incerta? Quî tam conſtanter hanc unicam eſſe aſſeverare? Imò & nulla eſt, & non ſatis apta, ut Anton. Fab. *dict. cap. 20.* rectè; ſed malè, ſtatuit idem jus eſſe in adulterio, quod in cæteris capitalibus hodie: quia verba ſint imperiti gloſſatoris; maximè cùm ratio exceptionis non deficiat: & quo teſtimonio nititur? Conjectura: Quid fidei? & quid efficaciæ? Nulla; & ſi qua eſſet, ea tamen contrariâ
150 cõjecturâ elideretur. † Magis ergo eſt, ut hac in parte Donel. *ad d. l. transigere. num. 7.* ſequamur, rationem exceptionis eſſe, tum ipſum Reipubl. commodum, tum neceſſitatem. Etſi quidem cætera crimina & publica ſunt, & ad Rempub. ſpectant, cujus intereſt ea puniri: tamen tanto Reipub. incommodo & turpitudine non celantur, quo adulteria: quibus ſanè

ordines

ordines honestorum corrumpuntur, spurii & incestuosi honestorum vice substituuntur. Qui etiam de hoc criminis genere paciscitur, vel transigit, nõ parum abest à lenonis moribus, ut Bald. *ad d.l. transigere.* Connan. *d.cap.7.* Petr. Loriot. *de pact. axiom.102.* Joh. Coras. *cap.1. lib.2. miscell.* † Et cùm hæ eædem rationes obtineant in incestu, & raptu virginum ac viduarum, meritò idem statuitur. *gloss. Bald. Del-Rio. & alii ad dict. l. transigere. Connan. d.cap.7. gloss. ad l. penult. Cod. in quib. caus. serv. pro præm. libert. fac. l. unic. Cod. de rapt. virgin.* 151

Stuprum tamen simplex transactionem, pactionem & stipulationem, alia etiã ratione respuit: quia capitale crimen non est, nec sanguinis pœnam habet, quod sine vi est: ut ita alterâ regulâ, de qua paulò pòst, contineatur. *§. item lex Julia de adulteriis. Instit. de public. jud.* Sed & incestus non omni casu habet sanguinis pœnam. *ut in l. fin. ff. de ritu nuptia. d. l. si quis viduam. de quæstio. Novell. 12. de incest. nupt. Damhoud. cap. 49. de crimin. Jul. Clar. libr. 5. recept. sent. §. incestus. num. 2. Carol. V. in constit. criminal. artic. 117.* Igitur si de his non accusandis stipulatio contracta fuerit, inutilis erit.

† Nec huic contrarium est, quod *in l. qui cœtu. §. fin. ff. ad l. Jul. de vi public.* respondsum est: Non agit JCtus de pactione, non de transactione, non de stipulatione, quo à criminis illius accusatione desistitur, ac si illa sit valida: sed si pater, aut mater accusationẽ remittat, h.e. omittat, vel non satis fortiter persequatur, cuiq; alii liberam esse accusationem & suscipere, & susceptã persequi: quod & in lege Julia de adulteriis observatur: ut si remittat maritus, vel pater jure mariti, vel patris intra legitimum tempus accusationẽ, possit postea quilibet, etiam ipse pater & maritus accusare, sed non amplius jure suo speciali, sed ut qui- 152

libet alius. *l.2.§.1.§.si simul.l.4.ff.ad leg. Juliam de adulte.*

153 † Nō etiam suprà propositam à nobis triplicem rationem evertit illud, quod Anton.Fab. *dict. cap. 20.* movet: Si paciscendo, *inquit*, de adulterio & stupro, vel transigēdo lenocinium committeretur; ne gratis quidem injuriam remittere liceret, quin in pœnam legis incideret, ut is, qui pro comperto stupro pecuniam accipit. *l.2.§.2.3.l.mariti 29.in prin.§.plectitur. ff.ad leg.Jul.de adult.* At, qui gratis remisit, illa lege nō tenetur. *dict.l.mariti 29. §.plectitur. vers.cæterùm si gratis.* Ergo, paciscendo & transigendo lenociniū non cōmittitur: & ita cessat ratio. Deinde lenocinium sine dolo & fraude non committitur, *per l. is cujus 14. ff.ad leg.Jul. de adult.* atqui nec bona fide & sine dolo fraudóve licet paciſci de adulterio. *d.l.de crimine 10. C.ad l. Jul. de adulter.* Hæc sanè levia sunt, & variè laborant. Nam concesso in pœnam legis Juliæ non incidere, qui paciscendo, vel transigēdo bona fide de adulterio comperto accusationem remittit; prorsus tamen lenocinii suspicio non removetur: non cessat negotii turpitudo. Sic potest alicui sine mali suspicione quid dari vel promitti, ut homicidiū, ut furtum non faciat: & sine suspicione mali sic potest accipi: Attamen ex turpi & inhonesta causa nihilominus & datum & promissum dicetur. *titul.Dig.de condict. ob turp. caus.* Neque solus dolus & fraus turpitudinem honestatemque distinguunt: sed ipsum factum. Deinde nō solum est lenocinium, quod ex lege Julia vin-

154 dicatur, sicut nec solum illud adulterium est. † Si enim errore quis cum alterius uxore errante noctu congressus sit, suam existimās: quis dixerit adulteriū non commisisse? violavit enim alterius torum. At lege Julia non tenetur, cùm dolus absit: imò ne qui-

quidem jure divino, quod & ipsum dolum ac consilium facti punit: alioquin David filiam Saulis nō recepisset: *2. Sam. 3. vers. 14. & seqq.* neque Deus à pœna excusasset puellam desponsatam domi clamantem, vel ruri in agro, aut sylvâ stupratam, ubi clamantem nemo exaudiisset, *Deuteron. 22. vers. 24. 25. 26. 27.* † Si- 155
mile est, quod *in l. penult. ff. ad legem Jul. de adulter.* Gajus respondit: *Repudium uxori maritus miserat: sed non ex lege*, hoc est, aut justa mittendi causa non erat, aut debita solennitas non erat servata: *atque ita mulier jure adhuc nupta videbatur; licet facto errore juris, ut vidua viveret. Hanc alius uxorem duxit, existimans divortium ritè factum: quæsitum est, an hæ secundæ nuptiæ viderentur adulterium? Affirmat* Gajus; sed *non pati pœnam adulterii, quia dolus absit.* Nam & juris error à dolo excusat. Addit & illud, *ne quidem tum legis pœnæ locum esse, si scivisset repudium ex lege missum non esse:* quia videret, eam non amplius in mariti toro, nec alterius matrem familiâs, sed viduam, licet injuriâ. Quod sanè notandum est: & admonui de eo responso aliquando judices in non admodum dissimili specie, quam nunc referre operæ precium non est. † Pari modo, non ces- 156
sat esse lenocinium, pactio de adulterio, licet bona fide ineatur, neque ex lege vindicetur: quia lex non nudum factum, sed facti simul cōsilium, ut formam delicti, punit. Præterea *in d. l. mariti 29. §. plectitur. vers. cæterùm.* rectiùs accipimus *remissionem*, non pro *pactione*, sed *dissimulatione*, & *omissione* accusationis, *ut in d. l. 5. in fin. ff. ad legem Jul. de vi public.* Sic imperfecta est secūdi argumenti major: quia vera tātùm est in eo lenocinio, quod ex lege Julia coërcendum. † Admodum 157
insolens & durum est, quod Antonius Faber *d. c. 20.* subdit, *apud Imperatores posteriores & sanguinis pœnā huic*

crimini injungentes, & transactionem de eo prohibentes, voluntatem pro ratione fuisse: Absit illud dicere, maximè de Impp. Christianis, quib. vel sola legis divinę ratio sufficiebat. Et contra jus gentium omniũ esse adulterium, cæteri omnes, & ipse Romulus & D. Augustus Imp. intellexêre. Itaq; & illud, ut ineptum rejiciendum est, quod addit: *In adulterio nec delicti atrocitatẽ tantam esse, ut de eo paciſci non liceat.* Atrocitatem criminis istius nõ solùm Decalogus & divina sanctio *Levit. 18. vers. 20. Deut. 22. vers. 21. 22.* expressit, sed & duplicitas turpitudinis, violatio scil. tori fideiq; conjugalis, & substitutio peregrini partus, arguit. Est profectò crimen fœdissimum jure gentium detestabile, quo humana dissolvitur societas, Respubl. labefactatur, & ad degeneres homines labitur. *Andr. Tiraq. l. 13. con-*
158 *nubia. Donell. ad d. l. transigere.* † Excipiunt etiam vulgò crimen læsæ majestatis. *l. fin. §. fin. C. de abolitio.* Cujus rei ratio est, tum Reipub. summus favor: tum quòd cõcurrit fisci causa, quo ad bonorum publicationẽ, minimè in hoc crimine abolitam, vel interpolatam: quam nemo privatus remittere potest: item quòd sola hujus criminis scientia obligat ad pœnam, nisi in publico manifestetur. *Bart. ad l. utrũ. n. 3. ff. ad l. Pom-*
159 *pei. de parricid.* Atque hæc de prima regula. † Secunda hæc est: *De cæteris criminibus sanguinis pœnam non habentibus impunè paciſci & transigere non licet. dict. l. transigere.* Cessat enim ratio redimendæ vitæ & sanguinis, *Villapan. ad d. l. transigere.* ut qui de iis paciscũtur & transigunt, pro confesso habeantur. *l. in omnibus. ff. de prævar. l. Impp. ff. de jure fisci. Cujac. obs. 11. lib. 6. gloss. in d. l. transige-*
160 *re.* † Excipitur ab hac regula crimen falsi. *in d. l. transigere.* Nam de eo impunè transigere & paciscí licet. *l. Polla. C. de his quib. ut indig.* & vox *citra in d. l. transigere.* nõ

solùm

solùm id, quod est *sine*: veluti *in l. generi. ff. de public. jud. l. ut si. ff. pro soc. l. 3. C. de usur.* sed etiam, quod est *præter* significat, ut *in l. de servo. ff. de calumnia. l. 1. ff. de pign. actio.*

† Est & illa ratio, quòd falsum, etsi crimen publi- 161
cum est, tamen ut plurimum pertineat ad rem & injuriam privatam. Quo fit, ut nec ad illud crimen extendatur generalis abolitio. *l. Lucius. ff. ad SC. Turpill. Cujac. observ. 11. lib. 6. Connan. dict. cap. 7.* nec prævaricationis suspicionem habeat. Liberum quippe est cuique jure suo uti, vel non uti, *l. pen. C. de pact.* injuriam suam remittere vel persequi. *§. fin. Instit. de injur.*

† Donellus quidem huic receptæ sententiæ con- 162
tradicit *in d. l. transigere. num. 13. & seqq.* existimans, de crimine falsi transigi non posse: tum quòd *citra*, nõ significet idem, quod est *excepto*; tum quòd *in l. 7. C. ad l. Cornel. de falsi. & l. Polla. C. de his quibus ut indign.* non sit transactum de falsi crimine, seu accusatione, sed de falso: deniq; quòd nec ita statui debuit, ut scilicet liceret de eo transigere vel pacisci: quia non minus grave est delictum, ut cætera, & parem meruit severitatem. Idem placet Anton. Fab. *lib. 2. conjectur. cap. 20. per leg. 1. §. accusationem. versic. atquin. l. 4. ff. ad SC. Turpillia. l. 5. Cod. eod.* Sed non video, quomodo ipsum falsi crimen separaveris à falso: etenim *falsum* illud ipsum crimen est. Itaque dato, in illis facti speciebus, de quibus *in d. l. 7. d. l. 2.* litem fuisse motam civilẽ, & in eam incidisse falsi quæstionem: postea litigantes de lite ita transegisse, ut & falsi hanc quæstionem includerint: Transegerunt tantũ de falso, ut falso sine crimine? an verò, ut cui crimen est? Certè Impp. hãc transactionẽ usq; adeò vires habere statuunt, ut quamvis de civili falsi quæstione (potest enim de falso agi aut civiliter, aut criminaliter. *l. de fide 16. C.*

ad l. Cornel. de falsf.) tantùm interpositа sit, eas tamen extendat ad falsi accusationem criminalẽ, sive publicam. De falso igitur, non ut quolibet alio, sed ut crimen habente transegerunt. Deinde, qui de falso transigendo fidem approbat instrumenti vel testamenti, sive de eo non accusando, sive de lite non ampliùs movenda pactus quis est; frustra accusat id, quod semel placuit. Non etiam sequitur: *Non petita abolitione desistens in SCtum Turpillianum incidit: Ergo transigere, ergo pacisci de tali crimine non licet.* Quod si verum esset, ne quidem de homicidio, de crimine sanguinis pœnam habente ullo transigere & pacisci liceret, *per l. 1. §. accusationem. versic. movit quod. l. 6. l. ultim. ff. ad SC. Turpill. tit. Cod. de abolit. l. 1. l. 3. l. ultim. Cod. ad SC. Turpill.* Plura quidem dicenda essent, sed non sunt hujus loci: sufficit nunc quasi per indicem demonstrasse, de quibus criminibus non accusandis rectè stipulationem contrahamus, ut promissum exige-
163 re queamus. † Et summatim tenendum est, de crimine falsi, itemque de omni crimine sanguinis pœnam habente, excepto adulterio, raptu, incestu, & crimine majestatis, stipulationem licitè contrahi: de cæteris non item. Ideoq; si quid pro omittenda accusatione adulterii vel stupri, aut vis privatæ, vel repetundarum, aut residui, vel furti sine effractione, aut balnearii, promissum fuerit, ut ex turpi & illicita re ac causa promissum non exigetur: sed actio denegabitur. *d. l. si quidem 9. C. h. t.* Si verò ob falsum, ob homicidium, ob incendium dolò malo factum, ob grassationem & latrocinium, ob naves direptas ob σκοπελισμὸν non accusandum promissum fuerit, licitè petetur. *d. l. si quidem.* Atque hactenus de rebus nunc de factis videamus.

XIII.

XIII. CONCLUSIO.

Secundò, † *omne factum honestum & possibile* 164
in stipulationem deduci potest, veluti insulam fabricari, Capuam ire, matrimonium contrahere, adoptare, fidejubere, columnam transportare, &c.

l.2.l.5.§.fin.l.stipulatio ista.l.si insulam.l.stipulationes non dividuntur.h.t.§.non solùm.Institut.h.t. Facta enim hujusmodi non minùs quàm res & corpóra in cõmercio sunt.*l.7.de pact.l.1.l.5.§. at cùm do.§§.seqq.leg.6.l.7.§. paciscar.ff.de pactis.l.solent 15.l.si tibi 22.l.pen.ff. de præscript. verb.*& pacto comprehendi possunt *d.l.7.§.si paciscar.*

† Itaq; operas quoq; suas aliquis alicui, ut locare, i- 165
ta & promittere potest; adeò ut earundem operarũ & fidejussor,& duo rei,tam promittendi, quàm stipulandi queant constitui.*L.nemo 5.ff. de novatio.l.8.§.1. leg.si libertus 44. ff. de oper.liberto. Alienas* enim *operas* non ineptè Cujac. *observat.35. lib.5.*interpretatur *alias operas.* † Siquidem de operis libertorum in eodem 166
lib.xxii.Digest.Julianus tractaverat, quas *officiales* nemo alius, quàm libertus patrono promittere & debere potest:cæteras verò *fabriles* scilicet & *pictorias*, quæ officiales non sunt, hoc est, quæ non officii, quod libertus patrono debet, causâ promittuntur, non solùm patrono,sed cuilibet alii promittere,eoque nomine fidejussores dare & correos constituere licet.*l.hæ operæ 23.l.si quando 8.§.1. de oper.libert.* Nec repugnat.*l.si quis pro eo 56. ff. de fidejusso.* ubi Paulus: *Si quis pro eo,*inquit, *qui libertus non esset, & operas se præstiturum juraſſet, fidejussisset, non tenebitur.* Rectè Stepha. Forcatul. *Necyom. capit. 53.* monet, pro operis rectè intercedere fidejussorem, tum quando earum obligatio tenet.*l.8.§.si.de oper.liberto.* Tenet autẽ,si liber-

tus patrono promittat ut libertus: sive promittat stipulanti sive jurejurando patrono deferēti & cuicunque alii, patrono jubente, modò fabriles sive artificiales sint: nam officiales soli patrono promittit, *l.6.l.7.l.8.l.si quis 13.l.libertus 15.§.1.l.seq.l.cùm patronus 22.versic.cùm enim.l.hæ operæ 23. l.hæ demum 38. l.seq.l. libertus 41.l.seq.l.pen.l.fin.de oper.libertor.Cujac.obs.14.lib.17.* Tenet etiam, si ut quilibet alius promittat: imò, si ingenuus cuilibet alii ut cuilibet promittat. *l. 3. ff. de usufruct.lega.l.inter artifices 31.ff.de solution.l.idem juris.§.1. ff.ad l.Aquiliam.l.continuus 137. §.si ab eo.h. t.* modò non promittat, tanquam libertus patrono. Sicut enim imaginaria servitus ingenuitati nō obest, nec homo liber per manumissionem bona fide factam libertus fit. *§.fin.Instit.de ingenu.* ita nec manumissori illi fictitio operas promittendo, ut patrono, obligatur: quia causa promittendi nulla est, nec conditio promissionis apparet: & de eo tantùm agitur *in d.l. si quis pro*
167 *eo 56.de fidejussor.* † Nam & hæ operæ duntaxat, quæ tanquam à liberto promittuntur, instar pecuniæ habentur & inter res referuntur. *d. l. in stipulationibus 54. hoc tit.l.3.tot.tit.ff.de operis liberto.* Cæterarum personarum operæ, non sunt inter res, sed inter facta, eaque mera, relatæ: quia non ut pecunia & debentur & promittuntur, sed ut facta. *d.l. inter artifices 31. ff. de solutio.dict.l.5.ff.de duobus reis.l.continuus 137.§.item qui insulam.§.si ab eo.h. tit.l.item quæritur.§.1.l.sed addes.§.si quis mulierem.l.item si precio.§.cùm insulam.l.si in lege. l.si merces.§.pen.§.fin.l.seq.l.qui operas 38.ff.locati.l.5.§.opere. ff. de verb. signif.*

XIII. CONCLUSIO.

168 *CAeterùm † operæ, & facta inhonesta, & quæ turpitudinem habent, aut impossibilitatem,*

promit-

promitti non possunt, nec promissa exiguntur: veluti si quis promittat homicidium, aut sacrilegium committere, vel adulterium perpetrare.

l. generaliter 36. l. seq. hoc tit. † Nam ne quidem jus- 169
jurandum obligatorium est, quod cum bonis pugnat moribus, *cap. non est obligatorium. de reg. jur. 6. capit. etsi Christus. extra. de jureju. l. non dubium. ubi Dd. C. de legibus. Dynus, & Petrus Peck. in dict. cap. non est obligatorium.* Est quidem libertas, naturalis facultas faciendi ea, quæ lubet & libet, modò & liceat jure, & honestate ipsa, *juxta §. 1. Instit. de jur. person. cum ibi not at. l. semper in conjunctionibus. de reg. jur. Cic. in Offic.* Hinc Papinian. *Si flagitii faciendi, vel facti causa cõcepta sit stipulatio, ab initio non valet. l. si flagitii 124. h. tit.* veluti, si convenit, ut plagium facias, vel ut cùm feceris, à me mercedem accipias. Unde *in d. l. si flagitii*, quidã legũt *plagii*: quasi exempli gratia sic Papinian. loquatur. Sed nihil interest, cùm & *flagitii* ut exempli mentio fiat. † Sic 170
stipulatio nulla est, qua promissor se adstringit, sororem suam consanguineam, uterinam vel germanam in uxorem ducere: imò etiamsi sit adoptiva soror, *l. si stipulor 35. §. item quod leges fieri. hoc tit.* In germana & uterina, itemque consanguinea sorore, nõ solùm nuptias lex civilis prohibet, sed & honestas & natura ipsa, *l. fin. ff. de ritu nupt. §. inter eas. Instit. de nupt. Levitic. 18.* cùm sint parentum liberorumque vice. In adoptiva tantùm lex impedimento est, ut quamdiu duret adoptio, non possit eam uxorem habere; sed tandem emancipatam, vel si ipse emancipatus sit. *§. sed si qua per adoptionem. Instit. de nupt.* Quia verò lex ante emancipationem hasce nuptias improbat, & contra bonos mores est, legum autoritatem conte-

mnere: ideoq; talis stipulatio etiam hoc casu adeō nulla ab initio est, ut nec ex post-facto subsecuta alterutrius vel utriusq; emancipatione obliget, sine novis sponsalibus. *d. l. si stipulor. §. item quod leges l. non*
171 *dubium. C. de legib.* † Hinc de quibusdam quæsitum est, an valeret stipulatio: veluti, Lucius Titius filium suū Sempronii tibi in adoptionem ita dederat, ut in tuam familiam ac potestatem transiret: quod olim fiebat indistinctè, hodie non aliter, quàm si cui ascendentium adoptandum pater dedisset. *§. sed hodie. Instit. de adopt. l. pen. C. eod.* Hunc filium Sempronium Lucius Titius heredem testamento scripsit in hunc diem, si patria potestate, quam tu in eum jure adoptionis habes, liberatus esset. Tu non aliter emancipare vis Sempronium Lucio Titio defuncto, quàm si tibi dedisset aliquem reum, à quo stipuleris certam summam. Dedit Gajum reum, à quo stipulatus es centum, si Sempronium manumiseris: manumisisti: Sempronius hereditatem adit. Tu pecuniā à Gajo ex stipulatione petis: Consultus Javolenus, esset ne turpis stipulatio; utpote ex turpi facto, cp is pro emancipatione aliquid stipulatus esset? Quippe liberi beneficiis & meritis non promissionibus adstringendi. *l. si quando. §. 1. C. de inoffic. test.* Et turpe videbatur lucrū, quod ex liberali causa extorqueretur. Sed non esse turpē causam, sive conditionem, illius stipulationis, nō turpe factum emancipare spe alicujus
172 lucri, Javolenus respondet *in d. l. utrum 107. h. t.* † Si à te stipuler ne judicati mecum agas, ne ex furti causa, ne ex dolo, ne incensārū ædium, ne de opere restituendo ob nunciationem spretā, ne injuriarum agatur, &c. valet stipulatio: quia & pactū valet. *l. 7. §. si paciscar. ff. de pact.* Quod ita est, si jam ædes incensæ sint: si jam

inju-

injuria facta: si jam contra nunciationem ædificatũ: si jam furtum sit factum: si jam dolo in mandato vel deposito versatus sis: At si de futuro dolo, de futura operis novi nunciatione, de futura injuria, & futuro incendio stipulanti tibi promisero, me non acturũ, nullius momenti est promissio: propter turpitudinẽ, & quòd manifestum dolum foveat, & quasi ad delinquendum invitet. Dolus jam commissus non turpiter remittitur, quia pœna debita condonatur: futurus autẽ turpiter: cùm expediat timeri furti vel injuriarum pœnam. *l. si unus. §. pacta quæ. ff. de pact. d. l. 7. §. si paciscar.* † Sic pactum & stipulatio, ut divertere 173
non liceat, & qui diverteret, alteri conjugum mille pœnę nomine solveret: inefficax est, cùm libertatem matrimoniorum, & id tollat, quod jus publicũ introduxit. *l. 2. C. de inutil. stipul.* Simile est si quid de contrahendo matrimonio convenit, veluti, si Titia, quę ex alio filium habebat, in matrimonium cum Gajo Sejo coiit: & tempore matrimonii cum Gajo marito convenit, ut filia Gaji Seji filio Titiæ desponderetur: & si quis eorum nuptiis impedimento foret, centũ pœnæ nomine solveret: Videndum an factũ sit licitum: si quidẽ, ex illicito & impossibili non cõmittit stipulatio pœnalis. *l. si homo 69. d. l. si stipulor 35. §. i. h. t.* Paulus consultus respondet; etsi quidẽ inhonestũ non est, despõsationes contrahere, & hoc conari ut cõficiatur inter aliquas personas matrimoniũ: esse tamen inhonestũ, vinculo pœnę cõventionalis, ut Donel. interpretat, matrimonia obstringere, quę libera erũt, sive futurà sint sive cõtracta: ideoq; & infirmã esse stipulationẽ, & agentẽ doli mali exceptione repelli, q̃ nõ secundũ bonos mores hæc interposita sit. *d. l. Titia 134. ubi Bar. Jas. Dõ. & reliqui. Dd. h. t. l. fi. in*

174 *fin. C. de sponsalib.* † Denique, si cœlum digito promittas attingere; si mare epotare: nihil promisisse diceris: quia naturâ impossibile est. Si tamen quid promiseris quod tibi quidem impossibile, alii possibile: veluti, si utroque pede inutilis promittas, *pedes ibo Romam.* Si promittas, *principem te potentiorem judicio sisti:* tenet stipulatio, & pœna debetur. *l. continuus. §. si ab eo. hoc tit.* Si quoque promittas cælum non attingere, Rhenum non exhaurire: possibile promittis. Ideoque si in modum conditionis hæc concipiantur, pura est obligatio: nequaquam conditio-

175 nalis. † Quæstionis quoque est, an pactum & subdita stipulatio valeat, maximè pœnalis, tempore, quo contrahitur matrimonium, quòd certo loco, vel in certa civitate maritus cum uxore habitare velit, & non alibi? Abbas & quidem alii *ad c. 1. qui matrim. accus. poss.* Roman. *ad l. stipulationes non dividuntur. de verbor. oblig.* Jacobin. de S. Georg. *in Rubri. de jur. dot.* referent e Gomez. *tom. 2. varia. resolut. cap. 10. nume. 23. versic. item etiam ex prædictis.* affirmant, adeò, ut si maritus non adimpleverit conditionem stipulationis, pœna committatur. Negativam tamen Gomez. *d. num. 23. vers. item etiam. & vers. sed salva, sequitur;* tum, quia nemo tenetur præcisè ad factum: tum quòd esset quædam servitutis species. *argum. l. Titio centum. §. Titio centum 2. ff. de condit. & demonstr.* Sanè prior Gomezii ratio non satis efficax est, maximè, si pœna fuerit subdita, ut infrà patebit suo loco: Altera aliquid habet; sed ex causa ea cessare potest. Quid enim si interfit ipsius uxoris & propinquorũ, ut extra eam civitatem domicilium nõ transferat? Quid si metus sit apertus de crudelitate mariti in longinquas regiones domicilium transferentis? Quid si

locus

locus sit iste hostilis? quid si erronem metuant? Ob ejusmodi honestas & probabiles causas posse stipulationem vires habere, non dubito: nec ipse Gomezius repugnat admodum: imò largitur id nobis.

XIIII. CONCLUSIO.

F*Actum* † *autem propriè intelligitur nudum à* 176
juris translatione; & illi, quod est dare, opponitur:

l. ubi autem. in fin. ibi Dd. l. 2. ubi Dd. l. 3. l. 4. l. stipulationes non dividuntur. h. tit. l. licet. cum ibi not. at. de verbor. signific. Dare est dominiũ transferre, sive corporis, sive juris, sive possessionis, *per dict. l. ubi 75. §. fin. hoc tit.* Facere, quicquid ita fit, ut eo ipso in stipulatorẽ neq; res neq; jus transferatur. *d. l. 2. d. l. si insulam. l. stipulationes non dividuntur. h. tit. d. §. non solùm. Institut. h. t. §. si quis alii. Institut. de inutil. stipul. §. sic ita q. Institut. de action.* † Ejus- 177
modi est, dolũ malũ abesse abfuturũq;? *l. 3. h. t. iter fieri? d. l. 4. h. t.* mihi hereditq; habere licere? *l. 3. l. stipul. ista 38. h. t. l. inter stipulan. h. t.* itẽ rem ratã haberi? *d. l. 4.* si in Capitoliũ ascenderis? vel si nõ ascenderis? *l. 7. h. t.* domũ ædificari? *l. si ita 14. h. t.* insulam fabricari? *l. si insulã. d. l. continuus. §. item qui. h. t.* judicio sisti? *l. si ita 97. h. t.* mihi nubere? *d. l. si ita 97. §. fin. h. t.* satisdari? *l. si quis 112. §. si quis ita. h. t.* neq; per te neq; p heredem tuũ vim fieri? *l. si sic stipulatus 133. h. t.* ut filiũ tractare? *l. quidã cùm filiũ. h. t.* ut extra familiã non alienet fundus? ut in Titium nõ alienetur res? ut non alii res hereditaria veneat, q̃ coheredi? *l. qui Romæ 122. §. coheredes. l. si ita quis 135. §. ea l. h. tit.* contra divisionem factam te non venturum? *d. leg. qui Romæ 122. §. final. hoc tit.* Davum manumittere? *dict. leg. qui Romæ. §. Flavius Hermes. hoc titul.* † At 178
dixeris *in leg. verbum facere. de verborum significat.* ver-

bum *facere* latissimæ significationis esse apparet: & eum quoq; facere, qui dat, & qui numerando tradendóve dominium possessionémve transfert. Sic & *tradere*, idem quod est *restituere*, significat, ut & omnẽ causam omnemq; utilitatem & accessionem contineat. Sed hæc ex re subjecta sunt accipienda, ut passim *in t. de verb. signif* dixi. Latissimè quidem hac de re disserit Molinæ. *ad l. 2. h. t.* Summatim autem hoc tenẽdum, verbum *facere*, & ita etiam *tradere*, interdum absolutè & universaliter poni: & tum illud verum est, quod *in d. l.* verbum facere. contineturr interdum relatè, & tũ quia illi, quod dare est, opponitur, propriè factum, idq; à juris translatione nudum significat, ut *fossam fodere, Capuam ire; dolum malum abesse.* Imò etsi aliquid juris contineat: veluti, *rem ratam haberi*, item, *habere licere*, item, *per te non fieri, quo eam agã. d. l. 2. in fin. l. 3. l. 4. d. stipulatio ista 38. h. t.* tamen illud jus ita inest huic facto, ut ex eo quid rectè factum, vel non factum arbitremur: non autem præstatione talis facti, quid juris à me in te transfertur; ut fit, si tibi dẽ meam vel alienam rem: utique hîc aut dominiũ in te transfero, aut usucapiendi conditionem, vel certè possidendi facultatem facio. Ergo si ex empti causa tibi emptori tradam, *juxta l. 1. 2. l. 3. Cod. de action. empti. dedisse* dicar, non simpliciter *fecisse*; quia tradidi,
179 *sed tradendo dedi.* † Hinc factum tradendi & restituendi, item dolum malum abesse, abfuturumq;, habere licere, &c. mixtum pleriq; appellant: quia ita hîc aliquid fit, ut etiam jus quoddam alteri adjiciatur, *per l. veteris. Codic. hoc titul.* Ejusmodi est *rationem reddere*, quia continet & calculandi dispungendiq́ue & solvendi actum, atque ita necessitatem dandi. *l. si purè. in final. ff. de fideicommissa. libert.* Sic si quis alteri

teri promittit in suo fundo ædificium fabricare, idque dare promittit: & nudum factum, *ædificare*; & dationem, quod *dare*, hoc est, stipulatoris facere velit: promisisse dicetur. Molinæus *ad d. l. 2. nume. 33. & seqq. hoc t.* ubi ejus rei quamplurima alia exempla adfert, quæ brevitatis causa omitto. † Quid igitur est: 180
an non præter *dare & facere*, tertium genus est constituendum est, quod mixtum vocare licebit? quia ex dando & faciendo mixtum sit factum? Minimè. Non enim ita hæc mixta sunt, ut tertiam constituant speciē factorum. Aut enim tale factum est, ut illi nihil insit juris transferendi; & dubium non est, nudum ac merum illud factum censeri: aut ejusmodi est, ut illi insit aliqua datio: & tum id spectatur quod principale est: atq; ex eo denominationem habebit: uti accidit in venditore tradente bonæfidei emptori; ut fit in restitutione hereditatis fideicommissarię, in rei metu extortæ, & qualibet alia restitutione; ea, quæ nuda ab omni jure non est. *l. restituere. l. plus est. de verb. signif. §. item per traditionem. cum seqq. Inst. de rer. divisio.* aut in eadem stipulatione & factum & datio æquè principaliter spectantur: ut accidit in ea stipulatione, qua tibi stipulanti promitto in meo insulam fabricare eamque dare: & tum tot erunt stipulationes, quot discreta facta: duplex, inquam, stipulatio hîc erit contracta, una faciendi, altera dandi, ut Donel. pluribus *per l. scire debemus. h. t.* Itaq; an nudum ac merum sit factum, an potius sit datio, vel tale, quod etsi aliquid dandi habeat, magis tamen consistat in faciendo, ex contrahentium intentione & scopo, ex ipsa re & circumstantiis negotii cujusq; æstimandum est, nec potest perpetuis regulis exactè comprehendi.

XV. CONCLUSIO.

181 *Facti † appellatione in hoc contractu comprehendimus, etiam non-facta: veluti, si per te factum non erit, neq; per heredem tuum: si in Capitolium non ascenderis intra biennium: si judicio non stiteris; si Titius factus consul non erit: si insulam intra biennium non feceris: si Titio non dederis: si mihi non dederis: si Sejo non nupseris, &c.*

d. §. non solùm. Instit. ut. hoc tit. l. 2. §. item si in facto. l. 8. l. veluti 27. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. si quis dolum. l. in illa 50. l. inter 83. §. 1. l. in executione 86. §. pen. l. si ita 92. l. seq. l. quicquid 99. §. fin. l. ita stipulatus 115. l. si sic 133. hoc tit. Nam si id fiat, de quo, ne fieret, convenit; utique illud factum non est, quod fieri oportuit; & vice versa. Unde est, ut facti stipulatio commissa dicatur, quia illud factum non sit, de quo convenit, ut fieret. *l. qui non facit 121. de reg. jur.* Convenerat autem ut illud non fieret, quod jam promissor fecit. Itaque meritò *facti* appellatione *non-factum* continetur. Huc pertinent consilia illa, & formulæ, quomodo *facti & non facti* stipulationem rectè concipiamus: veluti *in l. cũ quid 71. h. t. Cùm quid ut fiat stipulamur, pœnam sic rectè concipiemus: si ita factum non erit: cùm quid ne fiat; sic: si adversus id factum sit.* Et Venulejus *in l. continuus 137. §. si ut aliquid hoc tit. Si ut aliquid*, inquit, *fiat, stipulemur, & usitatius & elegantius esse Labeo ait, sic subjici pœnam: si ita factum non erit: at cum quid ne fiat stipulemur; tunc hoc modo: si adversus ea factum erit: & cùm alia fieri, alia non fieri conjunctè stipulemur, sic comprehendendum, si non feceris: si adversus ea feceris.* Idem præcipit Justinianus *in §. fin. Instit. h. t.*

XVI.

XVI. CONCLUSIO.

F*Acta* † *intelligimus cujusq; propria, non alie-* 182
na, quorum propriè non est promissio.

l.2. l. inter stipulantem 83. l. stipulatio ista 38. l. in illa 50. hoc tit. §. si quis alium. Instit. de inutilib. stipulatio. Et utrobique Bart. Jas. Donel. Cujac. &c. *l. sicut reus. ff. de fidejusso. l. eum qui. §. Julianus. ff. de constitut. pecun.* Anton. Gomez. *tom. 2. cap. 10. num. 23.* Cujac. *observat. 36. lib. 12.* † Ad 183
hoc enim inventæ sunt stipulationes, ut quisq; de se non de alio promittat. *d. l. inter stipulantem*: & quæcũque gerimus, ex nostra persona initium capient. *l. quæcunq; ff. de action. & obligat.* At qui alienum factum promittit, is à se negotium non inchoat, sed ab alio & ex alterius persona. Quod adeò verum est, ut si quis promisisset aliquid nõ fieri vel fieri, eoq; nomine fidejussor interceſſisset: si per fidejussorẽ steterit, neuter teneatur, si per promissorem uterq; obligetur de eo, quod interest factum non esse. *l. cùm filius-fam. 49. §. 1.* † Quid igitur an inutilis est stipulatio, si 184
cùm mihi fundum vẽderes, eundemq; traderes, stipulatus sim, *habere licere?* item, *neq; per te neq; per heredem tuum vim fieri spondes?* De utraq; hac stipulatione *in d. l. inter stipulantem 83. d. l. stipulatio ista 38. dict. l. si ita stipulatus 120. h. t.* prolixè disputatur. Hæc sanè stipulatio in plerisq; est necessaria, maximè in constitutione servitutum, in rebus possidendis, in cessione juris, item in venditione habere licere, & similium in quibus vacua possessio præstari non potest. *l. 3. §. si iter. l. exempt. 11. §. qui autem habere. ff. de actionib. empt.* † Et 185
confessoriæ itemq; negatorię actionis hic exitus est, ut caveat reus de reficiendo, de non amplius prohibendo, de non imitando. *l. harũ 7. l. Legi 12. ff. si servi. vindi.*

Pleraq; etiam præstanda sunt, etiamsi non dicantur; nempe, ut res non evincatur. *L. 3. ff. de actio. empt. l. in vendendo 66. ff. de contra. empt. vend.* Quin & *servum noxis furtisq; solutum, erronem non esse, fugitivum non esse,* frugi esse, rectè promittimus, & plerunq; promittere tenemur. *L. 1. l. quid sit fugitivus 17. per tot. l. seq. ff. de edil. edict.* Sic doli clausula, *dolum malũ abesse abfuturumq;* omnẽ omnino, quicunq; in hanc rem & à quocunq; com-
186 missus, continet. *l. hæc verba 69. ff. de verb. signific.* † Et in interdicto, *uti possidetis,* cautione opus est. *de* in posterum *non turbando, & de vi nõ amplius inferenda;* alioquin transfertur possessio. *l. unic. C. uti possid. Andr. Gail. obs.*
187 *116. lib. 1. & de pace tenend. cap. 2.* † Ita rectè promittimus, *Titium judicio sisti. l. fin. C. de fide jus. l. 2. §. fin. ff. qui satisd. cogun. l. si quis 11. l. pen ff. si quis cautio. judic. sist.* item, *il-*
188 *lum sistas? l. stipulatio ista 38. §. pen. h. t.* † Itaque alieni facti promissio non prorsus improbatur, sed ea, quæ penitus est alieni, quòd nihil à nobis habeat principii: Si verò à nostro facto pendeat alienum, seu causâ committendæ ex alieno facto stipulationis nos attingat, nostrumq; factum notet, utiq; vires habet, & adeò habet, ut de eo, quod interest, teneamur, & pœnæ stipulatio committatur, si subdita sit, ut in prædictis locis *in d. §. si quis alium. apud Interpp. in d. l. inter 83. d. l. stipulatio ista 38. l. in illa 50. l. si pœnam. l. cùm ita 71.*
189 *& c. h. t. §. versa vice. Instit. de inutil. stipul.* videre est. † Itaq; factum servi nostri, filiiq; familiâs, quem in potestate nostra habemus, & cui imperare possumus, rectè promittimus: quia à nostra cura & facto pendet, ut hoc efficiamus, illi ut faciant aut non faciant. Quod si id non curemus, ex nostro facto, nostraque negligentia obligati sumus. *l. fluminum. §. quanquam. ff. de damno infect. Gomez. d. num. 23.* Idem est, si quis de se

suoq;

suoque herede promittat. † Nam & factum here- 190
dis videtur defuncti promissoris esse, cujus perso-
nam repræsentat, *l. ex qua persona. l. heredem. ff. de reg. jur.* Et eodem jure utitur, *arg. l. nihil est 24. de verb. sign. cum ibi annota. l. hereditas. de reg. jur.* Quod idem defunctus promisit & fecit, ipse ratum habere cogitur, ut ex cujus persona commodum sentit, etiam incommodum capiat. *l. sicut 38. l. nemo plus juris 54. d. l. hereditas. l. nemo plus 120. l. ex qua persona 149. ff. de regul. jur. Hippol. de Collib. l. cùm à matre. C. de rei vend. Roland. à Valle cons. 71. num. 36. volu. 2. cons. 57. num. 72. volum. 3. consil. 30. num. 29. consil. 100. num. 143. volum. 4. Mynsi. cons. 38. num. 20. l. venditrice. C. de reb. alien. non alien. l. sive possessio. C. de evictio. Bald. Castrens. Saly. ad dict. leg. cùm à matre.* Hinc Ulpianus *in dict. leg. stipulatio ista 38. h. t.* cùm dixisset: *nemo alienũ factum promittendo obligatur, & ita utimur:* subjicit: *sed se obligat, ne ipse faciat, quo minùs habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat, vel quis cæterorum successorum efficiat, ne habere liceat.* Vel cæterorum successorum, intellige *bonorũ possessores,* & similes universales successores, qui instar heredum sunt. *l. hereditatis 138. l. heredis 120. ff. de verb. sign.* † Nec impediměto est, actiones pœ- 191
nales in heredes non dari: quod verum est, si sint ex delicto defuncti, secus si ex cõtractu, ut Gaj' innuit *in l. pupillum 111. §. 1. ff. de reg. jur.* In heredes non solent actiones transire, quæ pœnales sunt ex maleficio: veluti furti, &c. Ergo si nõ sint ex maleficio, transeunt. Sic intelligitur etiam quod Ulpianus lib. L x x. ad edictum, ubi de prætoriis stipulationibus disseruit, *l. 1. ff. de præto. stipula. l. 21. ff. de rei vendic. l. 35. ff. de actio. empt. l. 2. ff. de Salvian. interd. l. 79. h. t. Cùm quis,* ait, *in alterius locum successerit, non est æquum ei nocere hoc, quod adversus eũ nocuit in cujus locum successit. leg. invitus 156. §. cùm quis. ff.*

de reg. jur. Hoc enim generale non est, sed in quibusdam prætoriis stipulationibus aliquo casu obtinet, ut in stipulatione de evictione, *l. si per imprudentiam 51. §. si Titius. §. seq. §. nõ mirum. ff. de evictio.* Et videtur illius responsi inscriptio talis esse, *Idem* (Ulpianus) *libro septuagesimo ad edictum*, ut ejus pars sit *dict. §. cùm quis*: quanquam in Florentino legatur, *libro octuagesimo.*

192 † Item obtinet tantùm in merè personalibus, quæ solius personæ intuitu poterant defuncto nocere, ut ex delicti causa, ut ex aliis personalibus beneficiis. *l. in omnibus 68. de reg. jur. d. l. pupillum. §. 1. Hippol. de Collibus ad l. 54. de reg. jur.* Hinc approbatur illa stipulatio, *per te nõ fieri, neq; per heredem tuum? in l. 2. §. item si in facto. l. cùm filiusfam. 49. §. in hac stipulatione. d. l. inter 83. ℣. idemq; in illis. l. in executione 85. §. quod si stipulatus, Titium heredemque ejus ratum habiturum? leg. 4. §. Cato. hoc titul. dolum malum promissoris heredisq; abesse? dict. leg. stipulatio ista 38. §. si quis dolum. hoc titul.* item, *neque per te neque per here-*

193 *dem tuum vim fieri spondes? l. si sic stipulatus 133. h. tit.* † Neque huic rursum contrarium est, quod Julianus *in l. eum qui ita 56. §. 1. h. tit.* respondit: TE ET TITIUM HEREDEM TUUM DECEM DATURUM SPONDES? *Titii persona*, inquit, *supervacua comprehensa est: sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo cæteri coheredes ejus, obligabitur: & quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede, quàm à Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus ejus erit.* Equidem non propterea Titii personam supervacuam esse affirmat, quia cõventione defuncti nõ obligetur, quia factum heredis, ut alienum, promitti nõ posse: Imò posse ipsemet Julianus in ℣. *sive enim solus*, evidẽter probat: sed hanc causam esse significat, quòd unũ heredem nominatim obligare, vel onere illo

illo afficere non oporteat, ultra portionem hereditariam. Heres enim ultra hanc portionem non est heres, sed pro extraneo habendus. *l. si adulta. C. de hered. vel act. vend. l. cùm à matre. C. de rei vend. Arnus Pinel. ad l. 1. part. 3. num. 80. C. de bon. matern.* Extraneum autem obligare non possumus. *l. 3. C. ne uxor pro mari. l. 1. Cod. ne filius pro patre.* Et huic convenit, quod *in l. Julianus 13. h. titu.* respondet Scævola ex eodem hoc Juliano hunc locum *in dict. l. eum qui ita 56. §. 1.* interpretans: si quis stipulatus sit, *neque per te, neque per Titium heredem tuum fieri quo minus mihi ire agere liceat?* non solùm Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes ejus: quia inutiliter Titii persona adjiciebatur, & heredis appellatione cæteri omnes continebantur: & quamvis pactum subesse videbatur, ut solus teneretur Titius heres: cæteri non: tamen neque hoc obstat stipulatori, neque prodest coheredibus, cùm nomina, credita & debita, ipso jure inter coheredes dividantur, & suprà dicta ratio prohibeat, unum supra hereditariam portionem onere comprimere, vel obligare.

DECLARATIO. † Porrò declaratur hæc conclusio ita procedere, *nisi factum alienum stipulans pœnam sibi promitti curet, vel quanti ea res est:* ut si Titius fecerit vel non fecerit, centum pœnæ nomine, vel quanti interest detur, & hoc consilium non solùm Ulpianus *in d. l. stipulatio ista. vers. sed si quis promittat. h. titu.* sed & Justinianus *in §. vice versa. Instituit. de inutil. stipulatio.* proposuit, quod & aliàs generale & utile est, in omni faciendi & non faciendi stipulatione, ne quantitas stipulationis sit in incerto, ac postea actor necesse habeat, quod ejus interfit, probare. *§. fin. Instituit. h. tit. l. 2. §. item si in facta. d. l. stipulatio ista 38. h. tit.* Cùm enim 194

pœnâ ſtipulatur quis; non illud inſpicitur, quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in condemnatione ſtipulationis commiſſa. *§. planè ſi quis. Inſt. de inutil. ſtipul.* Nec obtrudat aliquis: cujus rei principalis ſtipulatio non valet, utpote ſi impoſſibile factum ſit promiſſum, ejus nec pœnam committi. *l. ſi homo 69. hoc tit.* ut ſuprà quoque admonuimus. Quod verum eſt, ſi per naturam & per jus ipſum factum eſt impoſſibile: ſecus ſi factum quidem poſſibile eſt, ſed in noſtra non eſt poteſtate, ut ad illud alium obligemus, ut de ea re rectè contrahamus. *per d. §. planè. d. §. verſa vice. d. l. ſtipulatio iſta 38. verſ. ſed ſi quis promittat. l. cùm quid*
195 *71. l. ſeq. verſ. Celſus. h. t.* † *Deniq; ut alius faciat, vel non faciat, ſe effecturum, ſe curaturum quis rectè promittit, & obligatur promiſſor, etiamſi nihil pœnæ nomine convenit. d. §. ſi quis alium. verſ. quod ſi effecturum. Inſt. de inutilib. ſtipulatio. gloſſ. ad cap. ex reſcripto. extr. de jurejur. Robert. Maran. diſput. 7. Franciſ. Vivius. recept. ſenten. lib. 1. verb. promittens ſe facturum, & curaturum. Didac. Covarru. ad cap. quamvis. de pact. in 6. part. 2. relect. §. 5. in princip. & num. 1. 2. 3. Hieronym. Schurff. conſ. 35. cent. 2.* Sic, qui procurator ſpondet, *dolum malum abeſſe abſuturumq; per quemcunq;, ad quẽ ea res pertinet*, non ſimplex abnutivum, h. e. non ſimpliciter promittit non-factum, ſed & factum ſuum ipſius proprium, ſe nimirum curaturum, effecturumq;, ut dolus abſit. *l. inter ſtipulantem. h. t.* Sic *in l. in illa 50. h. t.* in illa ſtipulatione, *per te non fieri?* non hoc ſignificatur, nihil te facturum, quo minus facere poſſis; ſed *curaturum ut facere poſſis.* Eadem eſt ratio promiſſionis empti cauſa factæ *habere licere*: hoc ſcilic. ſe effecturum, ut per quemcunque habere liceat. *l. habere licere. ff. de evictionibus. l. habere. cum ibi nota. de verb. ſignif.* idque *in d. l. inter ſtipulantem 83. verſ. idemque in illis. hoc tit.*

tit. Paulus fatetur. † Cæterùm si planè alienum fa- 196
ctum promittatur, ita, ut neque ex ipsa stipulatione, neque ex re subjecta & causa stipulandi appareat, proprium hoc modo factum promitti, sed penitus alienum, vel proprium & alienum, veluti *ego vel Sejus Capuam ibimus.* vel, *neque per me, neque per Titium fieri:* quo ad Titium, planè inefficax est stipulatio & nullius momenti, etiamsi stipulatoris interfit, hunc Titium extraneum facere vel non facere; nisi pœnę stipulatio subdita sit. † Et is sensus revera est *d. l. stipulatio ista 38.* Initiò, quid sibi illa verba velint, *habere licere, spondes?* exponit: nempe ea adeò generalia esse, ut non solùm promissoris heredisq; ejus factum includant, sed & cujusliber alterius, ac si dixisses: *nec per quemquam omnino fieri, quo minus mihi habere liceat, spondes?* Et promissor hoc videatur spopõdisse, *per omnes futurum, ut tibi habere liceat.* Sic enim venditor, *habere licere*, non de se suoque herede solùm promittit, ut nec ipse, nec heres evincat, sed ut planè nullus. *l. habere licere. ff. de evict.* Imò in venditione, si venditor tantùm de se suoq; herede caveat, ut per se suumque heredem non fiat quo minus habere liceat: censetur hoc actum, ut si per extraneum evincatur, nõ teneatur ultra precii restitutionem: si verò simpliciter *habere licere* promisit, committetur pœna, & actioni ex empto de eo quod interest, locus erit; etiamsi extraneus sit, qui evincit. *d. l. ex empto 11. §. qui autem habere. ff. de act. empt.* Et illud ita esse, urget *l. si quis fundũ 35. l. servus 30. §. fin. ff. de act. empt. l. venditor 8. l. evicta 4. §. 1. tot. tit. ff. de evictio.* At sequitur *in d. l. stipulatio ista.* ⁂ ἀνώμαλος *in vers. videtur igitur.* ubi, *videtur*, inquit, *alienũ factũ promisisse: nemo autem alienum factum promittendo obligatur, coq; jure utimur.* † Itaq; videtur dicendum, hanc pro- 198

missionem, habere licere, cùm factum alienum cõtineat, ne per quenquam omnino fiat, quo minus habere liceat; promissorem non obligare. Sed subjicit responsionem per refutationem Ulpianus in ℣. *sed se obligat, ne ipse*, inquit, *faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam* &c. Quid igitur, si non promissor, non successor ejus, sed extraneus evincat & impediat stipulatorem: non tenebitur promissor ejusque heres? Id quidam Ulpianum negare arbitrantur, nec ideò exaudiri oportere, *se effecturum, se curaturum, ex d. l. inter stipulantem. Duaren. & Donell. ad d. l. stipulatio ista 38.* Moventur eo, quod initiò dixerat Ulpianus generaliter stipulatione hoc contineri, ut liceat habere, atque ideò valere: tametsi factum etiam alienum complectatur: pòst autem corrigere hanc generalitatem *in vers. videtur.* ac si dicat, non valere hãc stipulationem, qua generaliter promittitur, *habere licere:* nisi ità promittatur, *per te heredemque tuum habere licere:* ut committatur, si tu impedias, vel heres tuus, habere licere. Deinde quòd impossibile sit, alienum factum promittere. *Gomez. d. tom. 2. cap. 10. num. 23. vers. secunda ratio.* Tertiò *per dict. l. sicut reus 65. ff. de fidejusso.* ubi hoc traditur, nec fidejussorẽ obligari, qui promittit reum principalem daturum: cùm tamen hìc commodè possit illa interpretatio assumi, *se curaturum, se effecturum.* Quartò urgent ℣. *sed si quis promittat, in d. l. stipulatio ista 38. h. tit.* Ubi cùm Ulpianus dixisset, sic promittentem, *habere licere*, se quidem & heredem suum obligare, statim per cõtrarium subjicit declarationem *in dict. vers. sed si quis*: quod si quis promittat per alium *non fieri* præter heredem suum: dicendum esse inutiliter promittere eum factum alienum: nisi pœnam vel quanti ea res sit, promittat.

Ex

Ex quo illud consequens videtur *d. vers. sed se obligat.* hanc exauditionem non pati, *sed se obligat, ut curet, ut efficiat.* Contrà Cujac. & quidam alii, generaliter accipiũt, imò *habere licere* qui promittit, rectè promittere, etiamsi videatur factum alienum promisisse: quia, etsi ita prima frõte videtur, revera tamen simplex abnutivum non promisit, sed & factum suum cõplexus est proprium: quia hoc promisit, *se effecturum*, ut à nullo evincatur: *dict. l. inter stipulantem 83. hoc titu.* Ubi Paulus hanc stipulationem *habere licere?* parem facit illi, *dolum malum abesse abfuturumque?* & illi, *neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat?* Et Ulpianus *in dict. leg. in illa 50.* hoc est, *per te non fieri?* ita interpretatur, *te curaturum?* Deinde idem elicitur *ex l. ult. §. ult. ff. de reb. cred. si cert. l. si quis ab alio 13. §. 1. ff. de re judica.* Respondet Donellus distinguendum inter factum & non-factum; ut quid fiat ab alio, hoc posse quem curare; ut non fiat, non posse, nisi de eo quis promittat, quem prohibere potest. Sed hujus distinctionis fundamentum non video: imò evertitur *per dict.* lex *inter stipulantem 83.* cùm simplex abnutivum non sit, & resistit. *l. si quis 13. §. 1. ff. de re judic. dict. leg. ex empto. §. qui autem.* Tertiò urget *dict. l. ex empto. §. qui autem habere:* ubi Ulpianus docet, quo ad actionem ex empto, item ex stipulatu de evictione, multum interesse, utrum generaliter quis promiserit venditor emptori *habere licere*, an verò specialiter tantùm, ut *per se & per heredem suum saltem habere liceat:* priore casu ex qualibet evictione committi stipulationem: posteriore non nisi ex solius promissoris ejusque heredis evincendi conatu. Si autem generaliter facta promissio *habere licere, possidere licere* quo ad factum alienum & extraneum evincentem viribus

careret, frustrà Ulpianus *in dict. Lex empto. §. qui autem.* ita distingueret. Sed quid respondent dissentientes? Primò in illo loco à se ipso dissentire Ulpian. nisi *d. l. stipulatio ista 38.* sic, ut volunt, accipiatur: Deinde, de eâ promissione, *per omnes non fieri, ut habere liceat*, nihil expressè *in d. §. qui autem.* disponi: neque necessariò colligi ex eo loco, ut si generaliter promisit vēditor, *per omnes non fieri*; quod tum committatur etiam ex facto alieno evincentis. Sed cur id dicant, sufficiens ratio non occurrit. Si scopum JCti *in d. §. qui autem.* intuebimur; videtur sanè hoc fine hanc distinctionē proponere, ut ostendat, *per omnes?* &, *per promissorem ejusq; heredem?* tantum in eo differre, ut quemadmodum hæc ex alieno vindicantis facto nō cōmittitur; ita illa generalis ex omniū omnino facto committi dicatur. Prosequitur quidem specialē hanc tantùm, quæ quis de se suoq; herede tantummodo promisit *in d. l. ex empt. 11. §. qui autem.* Sed propterea non sequitur omissum, pro subintellecto per consequentiam non oportere habere. Et cùm videat Donellus sibi propositionem quæstionis & distinctionis *in d. §. qui autem.* resistere; negādo conatur textum reddere dubium & obscurum, ut qui alterū distinctionis membrum nō persequatur. Supplendū igitur ejus distinctionis tractatum *ex d. l. stipulatio ista 38.* & dicendum, Ulpianum eo loci alterum illud membrum, de promissione generali persequi, & hoc statuere, nec eo casu committi stipulationem ex evictione extranei, sed solius promissoris & ejus heredis. Verùm, cùm & hīc textus in dubium vocetur, eadem illi responsione occurri posset. Deinde, concessō hīc prosequi Ulpianum explicationem generalis promissionis *per omnes habere licere*; tamen non ilico ex hoc loco dice-

dicemus irritam esse, quo ad omne factum extranei: idq; apparere ex supra-posita interpretatione, qua dicimus minimè *per vers. videtur igitur.* priora corrigi, nec hoc concludi credimus; quo ad extranei evictionem, non committi stipulationem: sed potius per occupationem & prosopopœiam imperfectam objici dubium, idque dilui per responsionem *in vers. sed se obligat:* ut quamvis extraneum non obliget, & absolutè factum alienum promissum, quod à proprio facto initium & finem non habet, ne quidem promittentem adstringat, tamen ex hac stipulatione *per omnes habere licere?* ex empti causa, promittentem, se suumque heredem obligare, ut faciant habere licere, nec permittant evinci. Hanc responsionē Ulpianus *in vers. sed si quis promittat.* declarat per oppositionem ejus promissionis, qua quis promittit *per alium non fieri, præter heredem suum*, h. e. qua nudum factum alienum, minimè à nostra cura proficiscens, promittimus; & hoc saltē volumus, ut extraneus ille non faciat, nec id promittamus respectu ejus, quod interest. Hūc in modum alienum factum, nisi heres sit nobis, promittere non possumus, nisi pœnæ, vel quanti ea res est, stipulationē subjiciamus. Quę cùm ita sint, per se primum & quartum argumentum pereunt, quia ex mala *d. l. stipulatio ista. vers. videtur.* interpretatione proficiscuntur. Secundi argumēti infirmitas ex eo relucet, quòd Emanuel Soaretz *in addit. ad Anton. Gomez. to. 2. variar. resolut. c. 10. nu. 23. ad verb. secunda ratio potest esse.* ex Cuman. & Jaso. & Paul. Castren. *ad d. l. stipulatio ista 38.* verum testatur, istam rationem, quam Alberico acceptam feremus, falsam esse atq; adeò absurdam; † cùm ejusmodi alieni facti 199
promissio, si sensibus humanis utamur, revera im-

possibilis non sit; sed duntaxat difficilis: difficultas autem, quantumvis maxima, stipulationi vitium nō
200 adfert. *l. continuus actus. §. illud. l. 2. h. tit.* † Alia hujus conclusionis, de qua supra, ratio est, nempe ea, quæ *in l. quæcunque. ff. de actio. & oblig. & in d. l. inter stipulantem*
201 *83. h. tit.* proponitur. † Tertium argumentum ex eo elicitur, quòd *d. l. sicut reus 65. ff. de fidejuss.* generalem tractat regulam, quæ propositam declarationem nō repudiat. Et in illa facti specie meritò non dicitur contracta fidejussoria obligatio: quia nihil fidesua esse jusserat, neque hoc fine & animo utrinq; contrahebatur, ut fidejussor curaret, ut efficeret à reo principali dari: Non ut facti sui constitueretur obligatio, sed ut accederet alterius obligationi, intercedere debebat. Quod cùm factum non sit, peccatum est in forma & fine contrahendi, atque ita defi-
202 cit fidejussoria obligatio. † Quibus ita discussis, liquet, ita demum facti alieni ejus quem prohibere nostro jure non possumus, promissionem nos non obligare, si planè à nostro facto sit remotum, nec ex eo initium obligationis juxta volūtatem expressam vel tacitam contrahentium capiat, neque subdita sit
203 pœnæ, vel quanti ea res est, stipulatio. † Porrò an jure Canonico factum alienum jurejurādo rectè promittatur, & num à pœna ac perjurio liberetur, si is, qui alienum factum promisit, seriò omnibusq; nervis conatus est, ut fieret, ut curaret & efficeret præstari, sed obtinere non potuit, longius est, quàm hîc discuti queat, & prolixè examinatur à Didaco Covarru. *ad Rubr. cap. quamvis. de pact. 6. part. 2. §. 5.* Anton. Gomez. *d. cap. 10. num. 23. verb. quæ tamen omnia.* Et ibid. Emanuel Soaretz *in addit. ad vers. argumento textus in l. cùm pater. §. filius matrem.* Hippol. de Marsil. *ad Rubr. de*

fide-

fidejusso. num. 158. in fin. & num. 159. Bart. *ad l. Labeo. ff. de jurejur. & ad l. quòd te. ff. si cert. pet.* Francis. Vivius *lib. 1. cõmu. opin. verb. promittens se facturum.* Equidem jure civili promissio alieni facti non magis jurejurãdo valida redditur, quàm nunc per se est. *juxta l. non dubium. C. de legib. Æmil. Ferret. ad d. l. stipulatio ista. Soaretz d. loc. per Lult. Cod. de non numer. pecun. l. obligationes quæ 17. ff. de action. & oblig.* † Ubi obiter hoc etiam admonendi: 204
sicut jusjurandum infirmum & nullum per se contractum non facit firmum, ita etiam judex contractum confirmans *juxta l. si quos spontaneos. C. de decurio. lib. 10. ubi Bart. num. 2. Gail. obs. 1. libr. 2.* ex inutili & per se irrito, utilem & firmum non facere, *juxta d. l. obligationes quæ 27. ff. de action. & obligat. Obligationes quæ propriis viribus non consistunt,* inquit Papinian. *neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque potestate legis confirmantur.* Quinetiam cõfirmans nihil novi addit. *l. si donatæ. §. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor. c. 1. de confirm. util. & inutil. Gail. d. observ. 1. lib. 2.* & in hac re quoties vidi peccari!
† Deinde communis quidem Canonistarum opi- 205
nio est, perjurium nõ incurrere eum, qui factum alienum promisit jurejurando, si ut efficeret præstari, omnem adhibeat diligentiam, & nihil intentatum relinquat. *Francis. Vivius lib. 1. comm. opin. verb. promittẽs se facturum. Didac. Covarru. d. part. 2. relect. ad c. quamvis. de pact. in 6. §. 5. nu. 3. 5. 6. 7.* Sed si pœna promissa fuerit, vel quanti interest, jure civili non liberatur diligenti hac cura ac solicitudine: ut Didac. prædicto loco latè ostendit. *num. 3. & seq.* contra Aretin. *per l. sancimus. C. de fidejussorib. l. stipulatio ista. hoc tit.* Sibi enim putabit, quòd temerè difficultati tantæ se exposuit, quam emergere non potuit.

XVII. CONCLUSIO.

206 *OMnis † itaque stipulatio aut dandi est, qua scil stipulamur, ut quid detur; aut faciendi, ut quid fiat vel non fiat.*

l.2.ubi inter pp. omnes. l.stipulor 35. h.t. §. non solùm. Instit.
207 *h.tit. Vultejus d.cap.39.parte 1.jurisprud.* † Est autem *dare* dominium trãsferre. *l.ubi autem 75. in fin. h.t.* sive illud sit proprietatis, sive juris, sive obligationis. *l.rectè 25. l.bonorum 49. & passim de verb.sign. cum ibi nota.* Ergo etsi etiam, *dare*, sit factum quoddam, & faciendi appellatione continetur. *l.verbum facere. de verb.signif.* ex instituto tamen JCtorum in hoc tractatu & quæstione opponitur illi facto, quod dominii jurisque translationem non habet, ut est *restituere, tradere, ire, agere.* Facta deinde hîc intelligimus non solùm *affirmativa*, h. e. quæ in faciendo consistunt, sed etiam *abnutiva*, h.e. quæ in non faciendo versantur: *ut ex d.l.2. h.t. d.§.*
208 *fin. Instit. h.t. notum fit.* † A fine igitur subjecti, quod in quamlibet stipulationem deducitur, hæc divisio nata est. Et quemadmodum suprà diximus, mixta facta ex potiore referri, aut ad dandi, aut faciẽdi considerationem. *l.veteris. l seq. C. de contrab. & commit. stipulat.* ita etiam ad stipulationem aut dandi, aut faciendi, novam & tertiam speciem non constituunt: de qua re prolixè post alios Molinæus, Donell. Zas. *ad l.2. hoc tit.*

XVIII. CONCLUSIO.

209 *TOt † autem sunt stipulationes, quot res, & quot facta in eam deducuntur.*

l.1. §. sed si mihi. l.scire debemus 29. in princ. & §. at si quis.

l.ubi

l. ubi autem 75. §. pen. l. quod dicitur 86. l. pluribus 140. h. tit. l. quia dicitur 32. ff. de euiction. Anton. Gomez. tom. 2. resolut. cap. 11. num. 16. fac. l. pluribus. ff. de acceptilat. §. quotiens. Inst. de inutil. stipul. l. si ex toto. §. fin. ff. de legat. 1. ibi gloß. & Bart. In stipulationem intelligimus deductas res, quæ una verborum conceptione comprehensæ. † Tot enim videntur esse interrogationes, tot responsiones, quot res & quot facta verbis expressè designantur *per d. l. scire debemus 29. d. l. quod dicitur 86. d. l. pluribus 140. h. tit. §. præterea. Instit. de inutil. stipulat.* Quod sermonis compendio indicatur, mētis intellectu non omittit. 210

† Deinde res intelligimus hîc plures tā de pluribus summis, quàm speciebus. *d. l. scire debemus. h. tit.* Quid igitur si centum aureos à te stipulatus sum: an centū erunt stipulationes? an duæ erunt, quia centum in duas æquales summas distingui possunt, ut sint singulæ illæ quinquaginta? an quatuor erunt, quia centum in quatuor quadrantes divisi, quatuor conficerent summas, quarū singulæ viginti quinq; cōplerentur? Minimè: Non enim singulos numinos, nec plures summas verbis expressimus; sed unā, quę centum est aurcorum: itaq; etiam una erit stipulatio. *d. l. scire debemus 29. h. tit.* At si stipuler à te quinquaginta, & quinquaginta, duæ erunt obligationes: quia duas expressi summas, ac si quinquaginta & rursum centū stipulatus essem. Et illud est, quod Ulpian. hanc regulam explicans *in l. quod dicitur 86. h. t.* respondit: *Quod dicitur*, inquit, *tot esse stipulationes, quot res, ibi locum habet, ubi res exprimuntur stipulatione*, h. e. interrogatione & responsione. Cæterùm si non fuerint expressæ, una est stipulatio. 211

† Sic si acervum pecuniæ, vel quę in ista arca continetur, stipulatus fuerim, una censetur stipulatio; quia acervus ille, ut totum; uti & illud, quod 212

arca continetur, tanquam unicum corpus, in ſtipulationem venit. *l. talis 50. ff. de lega. 1. d. l. ſcire 29. verſ. tamẽ ſi. h. t.* Sic ſi ſtipuler *Davum & Pamphilum?* duæ erũt ſtipulationes. *dict. l. ſcire debemus 29. h. tit.* quia tot ſpecies ſunt expreſſæ. Sic ſi à te ſtipuler ſortem & uſuras, duę erunt ſtipulationes, una ſortis, altera uſuræ. *l. ubi autem 75. §. pen. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus. h. tit.* Sic ſi ſtipuler à te *aliquid dari, vel fieri; & niſi des vel facias pœnam:* duæ erunt ſtipulationes: una ejus quod *dari vel fieri* debet: altera *pœnæ. l. 1. §. fin. ff. de ſerv. ſtipul. l. obligationum ſerè 44. §. fin. ff. de act. & oblig. l. Titius 9. verſ. ſed in pœna. ff. de ſervis exportan.* Sic ſi Titius à Mævio ſtipulatus fuerit; *fundum, & ejusdem fundi uſumfructum?* duæ erunt ſtipulationes. Si verò fundum pleno jure, ſive ſimpliciter dari ſtipulatus ſit, quamvis ita dare teneatur Mævius, ut & proprietatem & uſumfructum Titius conſequatur, tamen non duę, ſed una erit ſtipulatio.
213 *d. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. 1. h. t.* † Hinc qui uſumfructum & deinde fundum ſtipulatur, inſtar ejus eſt, qui partem & totum: ac vice verſa. *l. qui uſumfructum 58. h. tit.* Recipit enim uſusfructus ſeparationem à proprietate. *§. 1. §. 2. Inſt. de uſufr.* At ſi quis priùs actum, deinde iter ſtipuletur ejusdem fundi; poſteriore ſtipulatione nihil agit: quia iter non ineſt actui tanquã pars, ſed commoditas quędam; ut ita ſeparationem inſtar uſusfructus non admittat; *d. l. qui uſumfructum 88. h. tit.* Sic inepta eſt ſtipulatio, qua quis uſumfructum fundi, deinde ejusdem uſum ſtipulatur; ęquè ut iſta, qua quis decem ſtipulatus, mox eorũdem decem, quin-
214 que ſtipuletur. *d. l. qui uſumfructum.* † Sic ſi plures ſpecies pacto fuerint expreſſæ, eidemque una ſtipulatio pacti firmandi cauſa ſubjecta; tot adhuc erunt ſtipulationes, quot res in pactum deductæ. *l. Titia 134. §.*

fin.

fin.h.t. quod & exempli gratia *in d.l.pluribus 140.h.t.* declaratur. *Pluribus*, inquit Paulus, *rebus* (pacto) *propositis, ita stipulatio facta est: Ea omnia, quæ suprà scripta sunt, dari? propius* (vero) *est, ut tot stipulationes, quot res sint.* † Itaq; hæc conclusio non solùm vera est, in plurib. 215
speciebus copulativè vel per ἑνὸς τοῦ δέκτου promissis; verùm etiam disjunctim, sive alternativè: veluti *Titium aut Pamphilum dare spondes?* Etsi quidē non nisi ex una solvi potest, nec debet; altera tamen in alterius conditione est; uti & tum quādo una facti est, altera pœnæ, si quid factum non fuerit. † Quid autem sit dis- 216
junctio & conjunctio, explicatur *in l.alienationis 28.§. fin.l.seq.l.sæpè 53.de verb.signif.* † Quæsitum autem est de 217
hac stipulatione, *quod ex testamento Seji mihi debes, dare spondes?* cùm plures res & summæ essent legatæ, an una, vel multiplex sit stipulatio? Videbatur instar ejus esse, quæ pacto plurium specierum subjiciuntur. *l. Titia 134.§.fin.h.tit.* Sed non esse, idem docet JCtus *in d.l.in stipulationibus 29.vers.stipulationem quoq; h.t.* Neq; enim res hac stipulatione exprimo, neq; illud in stipulationem deduco, ex quo mihi debentur legata, sicuti facio, quando pactum plurium rerum in eam traho. Etsi quidem testamenti in hac formula mentionem facio, tamen non ita facio, ut sit pars stipulationis, sicuti pactum illud fit, sed tanquā causam stipulandi appello. † Dubitatum etiam apud veteres fuit de sti- 218
pulatione, *centum annua, bima, trima die dari?* ut *in l.pen. §.1.h.t.* videre est. Prima quippe facie hîc centum videntur tātùm promissi: eamq; ob causam una stipulatio, quia una summa sit. *l.si Stichum aut Pamphilū.§.1. h.t.l.cùm in annos.de annu.leg.* Paulus contrà *in d.l.pen.§. 1.h.tit.* probat, non unam, sed tres esse stipulationes, quia tres hîc summæ exprimuntur, cui etiam Imp.

in l. sancimus. §. fin. C. de dona. suffragari videtur. Nam hujus stipulationis, *centum annua, bima, trima, die dare spondes?* ea vis est, ac si stipuler, per tres annos divisis summis seu pensionibus æqualibus cētum dari? primo anno primam, nempe trientem ex centū, qui est $33\frac{1}{3}$ aureorum, secundo secundā, simili modo, $33\frac{1}{3}$, tertio tertiam, ut ita tribus illis trium annorum pensionibus æqualibus persolutis, habeam cētum. *l. 3. ff. de annuis lega.* Itaque cùm tot summæ censeantur distinctæ, quot anni exprimuntur, quæ omnes conjunctæ tandem centum conficient, rectè Paulus ar-
219 bitratus est, tot quoque stipulationes esse. † Contrà, si centum in annos singulos seu centum annuos stipuler, una est stipulatio. *l. si Stichum 16. §. 1. h. t.* Cùm ex singulis annis in solidum cōmittatur, nec certo numero annorum concludatur: neque pensionem haberet divisam, sed una sit omnium omnino annorum. *Dd. ad d. l. si Stichum 16. §. 1. h. t.* & in eo stipulatio differt à legato. *d. l. cùm in annos singulos. de annuis lega. l. cùm in annos. quand. dies lega. ced.* ut *in d. l. si Stichum 16. §. 1. h. t.* indicatur; ratione diversi finis, ut ibid. Donel. de qua re alio loco plura.

XIX. CONCLUSIO.

220 ET † *hæc ōnis stipulatio vel certi est, vel incerti. l. stipulationum 74. l. seq. h. t. l. scire. C. h. t. l. certi 9. ubi Interpp. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. 1. ff. de tritica. condict. §. 1. ubi Interpp. Inst. h. t.* Quicquid enim vel dari vel fieri debet, certum est, vel incertū: ita & ex hoc subjecto, alia stipulatio certa, alia incerta perhibetur. *d. l. stipulationum 74. l. seq. h. t.* Sicut enim color varietate sua facit, ut visus eorundem oculorum sit alius albi, alius nigri, alius cærulei, alius rubri &c. & juris judiciique con-

constitutio, ut aliud sit actoris, aliud rei, aliud judicis, aliud patroni officium; aliud reale, aliud personale, aliud publicum, aliud privatum, aliud pecuniæ, aliud existimationis, aliud alterius judicium; *l. penul. de variar. & extraord. cognit. Dd. ad Rubr. de judic.* & morborum varietas, ut idem medicus sit modò chirurgus, modò pharmacorum propinator: ita etiam res, quæ in stipulationem deducitur, ei aliam & aliâ qualitatem attribuit; ut in plures species & formulas deducatur. Videndum igitur est, quæ res sint incertæ, quæ certæ: sic enim apparebit, quæ stipulatio sit certa vel incerta. † Certum, autore Gajo, est, quod 221
ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumq; est: incertum contra. *d. l. stipulationum 74. l. seq. h. t. d. l. scire. C. h. tit. dict. l. certi 9. l. certum est 6. l. si quis certum 24. ff. de reb. cred. si cert. petat.* Pronunciationem hîc generaliter accipimus: aut ipsa pronunciatione per se, aut re, quæ illa continetur. Aut enim ex ipso sermone hæc tria, *quid, quale, quantumq;* non simul apparent: aut non ex re; ut cùm res quidem certæ, certaq; corpora sermone exprimũtur, cæ tamen res, vel corpora nondum per naturam non appareant. Hic ex sermonis quidem prolatione constat, quid illud sit, quod promittitur: non autem quale & quantũ. Nãm si quis promittat ex isto fundo, puta, Corneliano, fructus hoc anno nascituros: sermone quidem pronunciat, quid promittat; sed quale & quantũ, ex sermone non liquet, cùm illud per naturam adhuc sit incertum. *d. l. ubi 75. §. illud. h. tit. l. 4. ff. de usur.* † quippe 222
omne futurum naturâ incertum creditur. *l. cùm ad præsens. ff. de reb. cred. si cert. petat.* † Contrà, si pro- 223
mittam, *Stichum aut Pamphilum*; res duæ per naturam & demonstrationem certæ sunt: at pronuncia-

tione propter distinctionem incertæ; cùm in electione erit aut rei, aut actoris, uter solvi debeat: item utrum eorum alter sit superstes mansurus, donec solvatur: *c. in alternativis. cum ibi notat. à Petro Peck. & Dyno. de reg. jur. 6. l. si stipulatus 76. l. si quis 112. h. titu. l. Stichum 95. ff. de solutio.*

224 I. CONSECTARIUM. † *Itaque, ut incerta sit stipulatio, duplici modo accidit; aut naturâ, aut pronunciatione tantùm: certa tum tandem erit, si & naturâ & pronunciatione simul certa res fuerit.* Exempla extant *in d. l. ubi autem 75. h. t. l. pen. C. de condict. indeb.* Itaq; eo ipso, quo constiterit, quæ sint stipulationes incertæ, simul etiam notum fiet, quæ sint certæ.

XX. CONCLUSIO.

225 *NAturâ † omnis stipulatio incerta est, quæ ex præsenti sermone non definit, quid, quale & quantum sit, quod promittitur, sed ab eventu naturæ illud suspendit.*

Per d. l. ubi autem 75. h. t. l. quod cujusque. ff. de regul. juris. Non enim satis est, ex sermone constare, quid sit & quantum, nisi & quale sit, constet: rursum multò incertius est, si quidem apparet, quid sit, sed non quale
226 & quantum. *d. l. ubi 75.* † Ut autem hæc intelligamus, observandum est, in stipulationem deduci res, aut facta. *§. ult. Institut. h. tit. leg. 2. h. tit. cum similibus. de quibus supr.* Res quandoque corporales, ut fundus, Stichus, decem isti aurei: interdũ incorporales, ut usus, usus-fructus, via, iter, aquæductus, actio, nomen, hereditas mille denariorum: quandoque etiam res futuræ,
227 vel præsentes. † Facti meri stipulatio omnis incerta est, sive pœna subdita sit certa, sive non. *dict. l. ubi 75.*

§. qui

§. quiid, quod. h. t. Etenim, etsi pœnæ illa stipulatio, certa erit, *juxta §. non solùm. §. ultim. h. t. §. alteri. vers. planè. Instit. de inutil. stipulat. d. l. si pœnam 68. h. t.* tamen incertum est, an id fiet, quod fieri convenit: cùm nemo præcisè ad factum obligetur. *L. 2. l. stipulationes non dividuntur. h. tit. d. §. non solùm. Instit. h. tit.* Et quoties pœnæ stipulatio subdita non est, tantùm id, quòd interest factum non esse, continet, *l. 2. §. penult. l. 4. §. Cato. l. si pœnam. h. t. §. planè. Instit. de inutil. stipulat. d. l. stipulationes non dividuntur. cum ibi notat. h. tit. l. si procurator. ff. rem rat. haberi*: Imò pœnæ stipulatio subdita vice ejus, quòd interest, succedit, *dict. §. non solùm. Instit. h. t. l. stipulatio ista 38. §. si quis insulam. §. seq. h. t. l. fi. ff. de præt. stipulat.* † Rei incorporalis stipulationem similiter in- 228
certam judicat Cujacius & quidam alii: idque de usufructu, *in d. l. ubi autem 75. §. 1. hoc tit.* disertè affirmari ajunt: quod igitur ibi exempli causa dicitur, ad omnes res incorporales extendi debet. Est illi & ista ratio in promptu: quia rebus certis, hoc est, corporibus certa nomina tribuimus, & certa demonstratione describimus, ut continuò, quid, quale, & quātum sint, appareat. *l. certum est. ff. de reb. cred. si cert. pet.* & singulæ istæ res in sensus humanos incurrunt: utrumq; secus in rebus incorporalibus. Sensus enim cognitio non est ante sensum: at cognitio sensus in res incorporales non cadit: ergo nec certi demonstratio, aut sensus ipse. Quòd si res incorporales neque demonstrantur, neq; sensu percipiuntur: nec etiam certæ esse queunt. *argu. d. l. certum est: ff. de reb. cred. si cert.* Argumentantur hunc etiam in modum: Servitutis alicujus stipulatio est instar generis, quod cōsistit in contemplatione & sensu animi, nō corporis, cōprehenditur: at generis stipulatio est incerti: Ergo

etiàm servitutis. Hæc Cujacius, & qui eum sequuntur. Donellus contrà *in d. l. ubi autem 75* si ista, inquit, argumenta generaliter vera essent, nulla obligatio, nulla actio certa & certi esse posset: quia jus est, & res incorporea. *§. incorporales. Institu. de reb. corporalib. & incorpor.* item hereditas nulla esset appellanda res certa, cùm sit res incorporalis, licet ex corporibus constet. *d. §. incorporales.* Atqui utrumq; falsum esse: nam & obligationes & actiones quædam certæ, quædam incertæ; uti contractus, alii certi, alii incerti. *d. l. certi 9. ff. de reb. cred. si cert. d. l. stipulatio. num. 74. l. seq. h. tit. l. 1. ff. de usufruct. lega. l. non solùm. §. penultim. ff. de libera, lega. l. si sic Stichum. §. ult. ff. de lega. 1.* & de hereditate vendita expressum est, quòd certa res sit *tit. Dig. & Cod. de hered. vel action. vend.* & relucet ex definitione ejus, quæ est *in l. nihil 24. de verb. signif.* cùm tantum rei quisque censeatur reliquisse, quantum pecuniæ ex ejus patrimonio reflci potest. *l. tantum quisq; de verbor. significa.* & quod certi precii æstimationem recipit, utiq; certũ est, vel saltem hujus precii relatione: atqui hereditas precii æstimationem recipit. *l. precia rerum. ff. ad leg. Falcid.* Res igitur certa est. Quòd si illud ita est in istis rebus, cur diversum statuetur de servitute, eundi, ambulandi, agendi, vehendi, calcis coquendæ, altiùs non tollendi, &c. maximè si de certo fundo ejúsve parte promittatur aliqua? Nam quid cujusq; servitutis nomen designet atque demonstret, jure satis est expressum. *l. 1. ff. de servit.* & experientia docet: ex qua etiam, qualis sit & quanta, statim colligere licebit, si fundum servientem & dominantem consideraveris, & usum ac finem servitutis. Imò unaquæque servitus æstimationem arbitratu boni viri admittit. Unde & emuntur & venduntur, & permutan-

tantur. *§. fin. Inst. de servit. §. 2. Inst. de usufruct.* Nec secundùm eum obstat, quod ait Cujacius & alii; nomen certum certamq; demonstrationem in rem incorporalem non cadere: contrariũ multis modis ostendi asserit, uti nunc ostensum esse credit. Etsi quidem certa servitus per certum fundum certa regione certo fundo nominatim constituta, oculis corporis nõ subjicitur conspicienda: animo tamen & mentis oculis percipitur: & non solùm ea res certa est, certaq; demonstratione intelligitur, quæ corporeis oculis concernitur; sed & quæ mente percipitur: alioquin quælibet summa pecuniæ, & quælibet alia jura, res essent incertæ, nec certo suo nomine demonstrandæ: nec physicarum rerum qualitates in intellectu consistentes, imò nec in plantis, & animantibus animæ, essent res certæ, certisq; suis nominibus distinctę cẽsendæ: quo quid absurdius? Nõ etiam obstare ait, q̃ ususfructus & usus pro rebus habentur incertis: hoc enim ideò est: non quia ususfructus & usus non sunt corpora; sed quia usus & ususfructus æstimatio pendet; & æstimatur à perceptione fructuum: neq; fructus sunt singulis annis iidem, neque perpetuò durant: sed morte fructuarii & usuarii finiuntur. *§. ult. Inst. de usufr.* Mors verò est omniũ incertissima. Quod in usu & usufructu adeò verum est; ut rei etiam, quæ usu consumitur, ususfructus, etiamsi certæ sit summæ, puta mille aureorum, vel centum modiorum frumenti; nedum, si certi corporis; puta illius vestimenti; incertus tamen censeatur, & res incerta, propter incertũ vitæ finẽ fructuario eventurum. Siquidẽ non ipsa summa, non ipsum corpus, quod utendo consumitur, sed ejus usus, est ille ususfructus. *l. si vini. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consu.* † Nec hoc contra- 229

rium est *l. tribus 8. ff. de usufruct. ear. rer.* quæ usu consu. ubi tres habens heredes, quindecim millium usumfructum legavit, ab uno heredum Titio, & duos jussit ex heredibus pro legatario satisdare; hoc legatũ alterum veluti certi, alterum incerti appellatur. Cujus respõsi argumento Cuja. *ad d. l. 74. h. t.* evinci posse putat, rei, quæ consumptione perit, usumfructum esse certum. Sed respondetur, legatum illud ususfructus quindecim millium, vocari quidem certi per notam comparationis, non autem absolutè: item quatenus summa illa certa est, & pro hereditariis portionibus præstanda; non, quatenus in ea ususfructus constituitur. Quę cùm ita sint, ab usu & usufructu ad cæteras servitutes non procedere argumen-
320 tum, asserit Donellus. † Quid igitur? an hæc Cujacii sententia de rebus incorporalibus est planè falsa? Communis equidem est Bart. *ad l. 9. n. 15. ff. de reb. cred. si cert. petat.* & in Imperiali Cameræ ordinatione *part. 2. tit. 28. §.* vnd sonderlich setzen tacitè approbata: ubi sanè inter incertæ æstimationis res referuntur servitutes, tàm personales, quàm reales, operæ, annui reditus, jurisdictiones, &c. Et ut verum fatear: neq; Cujacii, neq; Donelli argumenta satis firma sunt: Laborant enim multis. Ut verò de Cujacii argumentis satis à Donello agitatis nihil dicam (cùm verissimũ sit, non solùm per naturam & pronunciationẽ certum esse, quod sensui corporali subjicitur, sed & q̃ mente concipitur: modò tale quid in rerum natura reipsa existat, vel juris autoritate, & usu) hoc perspicuum est, Donellum non obscuram committere æquivocationem. Etenim, an res naturâ certæ censeantur promissæ, nécne, id ex eo definiendum est, utrum per naturam certum sit, quid, quale, quantũque

que illud sit, quod promittitur? sic enim, & ipsemet definiebat *ex d. l. 74. & l. 75. h.t.* Actiones autem, nomina, & obligationes non per se, & ex sese certæ vel incertę perhibentur res, sed ex eo, quod in eas deductum est, quod in iis continetur: à subjecto suo sic discernuntur. Cùm itaq; hîc quæstio sit, non quatenus unaquæq; res promissa, sit certa, vel incerta appellãda ex suo subjecto; sed propria qualitate, & naturâ; manifestò liquet Donellum statum quæstionis mutare. Deinde, si omne id, quod potest & emi & vendi, res certa esset; etiam jactum retis, indago plagis positis, panthera aucupis aut venatoris, imò factum nudũ, & ejus generis alia, possent censeri res certæ, minimè incertæ: imò ne usus fructus quidem, res esset incerta: cũ æstimari & emi & vendi queant. *l. nec emptio 8. l. in vendendo 66. ff. de contrah. empt. §. 2. Inst. de usufruct. l. ex empto 11. §. fin. ff. de action. empt.* contrà quã ipse fatetur Donellus. † Deinde etsi servitutes sin- 231
gulæ certa habent nomina, in jure potiùs, quàm facto consistant, propriis suis formis discernantur; perpetuæ sint, usu & usufructu excepto: uniformes & certis modis definitæ: tamen cùm modis possint non ita perpetuò definitæ esse, quin sæpè sint difformes, *per l. 4. l. 5. l. 6. ff. de servit.* eaq; natura servitutũ sit, ut non simpliciter sint; sed aliquid patiantur, aut nõ faciant: *l. quotiens 15. in fin. ff. eo.* consequens est, vel eo intuitu res incertas videri. Interpolatur, & difformis etiam sæpè est, cùm prædii, tum familiæ intuitu, cui debetur. Si ad exiguam casam per fundum tuum debeas Iro cuidam iter, vel actum: tam gravis non est servitus, quàm si per eundem Niciæ alicui ditissimo ad amplissimum ejus prætorium. Sic recipiendũ stillicidium sæpè difficilius, interdum levius est pro te-

232 ctorum altitudine & latitudine. † Quare mihi videtur à communi opinione absolutè recedendum non esse: sed ita demum, quando hæc omnia conventione certè sunt definita, quomodo, quando, quàm latè, ire agere liceat: nec intueamur patientiã, qua jus illud eundi agendi præstatur; sed jus jam præstitum & constitutum. His omnibus accuratè definitis, tandem & ex natura hujus juris & pronunciatione ipsa certum erit, quid, quale, quantumq; promissum sit. Deficiente hac speciali expréssione, per naturam quidem juris apparet, quid promissum sit: veluti tum etiam, quando homo in genere promittitur: sed quale & quantum, nondum liquet. Et hæc

233 in servitute. † In hereditate, in nominibus, in obligationibus Donellum arbitror sequendum, hac ratione; quòd certis demonstrationibus sint definitæ res per naturam, licet non semper p pronunciationem. Ejusmodi est, si quis stipulatur, *quicquid te dare facere oportet?* quia id in hanc stipulationem deducitur, quod præsenti die debetur. *l. si stipulatus 76. §. 1. h. t.* Quid & quantum & quale illud sit, relatione quadam per naturam statim certum est, licet non per

234 manifestam demonstrationem. † Sic, si quis à colono suo, cui fundum in quinquennium locaverat, post tres annos ita stipulatus fuerit: *Quicquid te dare facere oportet?* non ampliùs ea stipulatione continetur, quàm quod jam dari oportet, & tum tandem incer-

235 tum quoq; continebit; si addatur, *oportebitve*: † quia futurum complecteretur, quod per naturam incertum est, *d. l. si stipulatus 76. §. 1. l. si à colono 89. h. t. l. verbum*

236 *8. de verbor. significat.* † Porrò incertæ res per naturam censentur eandem ob causam, fructus futuri, & partus futurus: etiamsi certi fundi fructus, vel certæ

ancil-

ancillæ partus demonstretur; puta, fructus integri anni, qui ex illo fundo Corneliano nascentur: quod ex Arescusa natum fuerit. *d. l. ubi. §. illud. l. interdum. h. t. l. cùm illud 25. §. 1. ff. quando dies legat.* quippe quicquid ex futuro eventu dependet, incertum reputatur. *l. cùm in præsens. ff. de reb. cred. si cert.* † Sic usuræ futuræ 237
censentur incertæ, tametsi in singulos menses denarios singulos stipulatus sis, *juxta l. lecta. ff. de reb. cred. si cert.* Nam non solùm fructibus futuris æquiparantur. *l. usuræ. ff. de usur.* sed & præstatio earum ab eventu dependet, nempe à cessatione sortis, si illa sua die non solvatur: & illud est, quod *in dict. leg. ubi 75. §. penultim. hoc tit.* responsum est: qui sortem stipulatur, & usuras quascunque (licitas tamen: *l. placuit. ff. de usur. l. quotiens 80. l. si ita 120. §. Chrysogonus. hoc tit.* puta centesimas, vel trientes, semisses aut besses *juxta l. eos 26. Cod. de usur.*) certum & incertum videri stipulatum: quia tot stipulationes esse, quot res sunt: certam nimirum sortis, eamque unam; & alteram incertam, usurarum scilicet. † Objecerit aliquis: Fructus futuri si promissi, itemque usuræ; postquam 238
fructus nati fuerint, & usuræ commissæ, & ex Arescusa infans natus, res non amplius incertas videri, sed certas: ideoque non censeri harum rerum incertam stipulationem, nec obligationem, vel actionem incertam, sed condictionem certi competere. *Bart. in d. l. ubi 75. §. illud. h. t. per l. certi 9. ubi Bartol. num. 15. & 16. Jas. num. 6. & 34. 35. Donell. de reb. cred. si cert. petat.* Sic enim illa verba *in dict. leg. certi 9. sive ex certo*, hoc est, ab initio certam summam habente, contractu petatur, *sive ex incerto*, hoc est, cujus certa summa vel res ab initio nõ fuit, sed ex post-facto interpretantur. Sed respondendũ est, cõmuni suffragio & legũ autoritate

obtinuisse, in omni causa omniq; contractu, non solùm, quo ad formam, sed & vim formalem cujusque obligationis inde nascentis initium esse, inspiciendum; non eventum, nõ quod ex post-facto accidit, *l.1. §. si quis. ff. depos. l. 4. ff. de usur. l. precii. C. de rescind. vend. d. l. certi 9. §. fin. ff. de reb. cred. l. 8. ff. mand.* Itaque, si ab initio conventionis res certa non est ex hac descriptione, quid, quale & quantum: nõ certi, sed incerti condictio competet: etiamsi nunc propter eventum qui extitit, per naturã appareat, quid, quale, quantumq; illud sit, quod solvi debet: quia medium concludendi se non in eo fundat, quod certum est; sed quod incertum erat. In hanc sententiam facit, *q. in l. insulam 124. h. t.* responsum est; quòd stipulationis status, cujus dies in exordio certus fuit, ex postfacto non mutatur: ergo vice versa, cujus dies vel res (nam & dies, ut res pars stipulationis est, *l.1. §. editiones. ff. de edend.*) incerta & ab initio fuit, ex post-facto pari ratione mutationem non patietur. Facit, quod *in l. continuus 137. §. cùm quis sub hac. h. t.* Venulejus ait, non secũdùm futuri temporis jus, sed secundũ præsentis æstimari debere stipulationem. Hinc *in l. 4. ff. de usur.* fructus perceptos incerti condictione ex stipulatu peti posse, respondet Papinian. quia tempore interpositæ stipulationis, & futuri erant hi fructus, & ita incerti: licet nunc certi sint. Sed ex quo tempore nascitur obligatio, etiam actio oritur, & quidem talis, qualis ipsa est: *arg. tit. Instit. de obligat. §. 1. 2. 3. 4. ultim. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. §. 1. 2. 3. & c. Instit. de actionib.* Sicut ergo ab initio non certi, sed incerti erat obligatio, nec ea mutatur ex post-facto. *d. l. 8. ff. mand. d. l. 1. §. si quis. ff. depos. d. l. insulam. d. l. continuus. §. cũ quis sub hac. h. tit.* ita nec certi, sed incerti condictio initio obligatio-

gationis nata erat, nec ex post-facto mutatur ex incerti in certam *per d.l.4.ff.de usur.* † Non obstat *dict. l.* 239
certi 9.ff. de reb. cred. si cert. ubi Ulpian. illis verbis non describit contractus, qui ex subjecto certi & incerti dicuntur, sed qui certum vel nullum habent nomen, & ideò ἀνώνυμοι vocantur, cujusmodi est contractus, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, permutatio, æstimatoria conventio, &c. *de quibus in c.1.* Posse enim ex his etiam certi condictionem competere non dubitamus: quippe condictio certi ob causam, sine causa, indebiti, non est alia aliqua, quàm hæc unica *ut infrà c.11.* & ita Cujacius *per l.1.§.debitum.ff.de constit.pecun.l.& uno.ff.de accept.* secutus Pet. & Accursium *ad verb.ex certo.in fin.ad d.l.certi 9.in princ.* interpretatur, nec Bart. omnino *ibid.nu.13.vers. veniamus ad tertiam gloss.* displicet. Corroboratur hæc interpretatio *per l.7.vers.civilem incerti.ff.de pactis.* † Con- 240
cesso, quòd interpretari nos oporteat à subjecto, *contractus certos*, hoc est, certam rem complectentes; *incertos* contrà: uti Donellus Bartolum, Jasonem, communemq; scholam *in d.l.9.* secutus maluit: non tamen continuò necesse est: imò non oportet hoc largiri, intelligenda ista verba, *sive ex incerto*, de tali contractu, qui ab initio rem incertam continebat, quæ ex post-facto certa facta est: sed suggerit nobis *l.1.l.2.l.3.ff.de tritic.condictio.* longè aliam, & meo judicio, aptiorem interpretationem. † Constat ex illo 241
loco, triticariam condictionem ex eo potissimùm differre à certi condictione: quòd certi condictio detur de omni re certa, sive perpetuò certa sit, tàm quo ad æstimationem, quàm quo ad *quid*, *quale*, & *quantum* in suo genere; nunquam verò de re incerta, cui unum ex his tribus, *quid*, *quale*, *quantumq;* absit:

triticaria verò competat non solùm de omni re incerta, hoc est, de omni illa, cui unum vel alterum ex his tribus in suo genere deest; sed etiam, de qualibet re certa, modò ita certa sit, ut tamen possit incertam recipere æstimationem; ut accidit tritico, vino, oleo, frumento, butyro, carni, piscibus, equis, ovibus, vaccis, &c. quarum rerum precia ex copia & inopia variant. *l. precia rerum. ff. ad l. Falcid.* Quòd si qua res, ne quidem, quo ad æstimationem, possit incerta fieri; veluti accidit numeratæ pecuniæ, *l. nummus 3. ubi Dd. ff. de in litem jurand.* tum ejus rei condictionem triticariam nullam esse: & illud est, quod *in d. l. 1. ff. de triticar. condict.* respondetur. Itaq; *condictio certi* ex omni *contractu certo*, h. e. qui ita certam rem continet, ut ne quidem incertam possit æstimationem habere; *& incerto*, h. e. qui potest, quo ad æstimationem rei promissæ, incertam numeratæ pecuniæ quantitatem referre, *competere potest*: modò illud, quod ex contractu petitur, in suo genere sit *quid, quale & quantum*; puta, *decem modii frumenti ex hoc fundo Tusculano præsentes?* Atq; ita res naturâ certæ vel incertæ sunt.

XXI. CONCLUSIO.

242 *PRonunciatione † stipulatio certa est, si ex prolatione verborũ evidenter apparet, quid, quale, quantumq; illud sit, quod promittimus: secus si unum horum deficiat.*

243 *per d. l. stipulationum 74. l. seq. h. t.* † Ubi notandum est, quasdam res ex sua specie & corporibus æstimari: quasdam quantitate consistere. *l. 2. l. 3. l. 4. ff. de reb. cred. si cert. pet. at. l. 4. ff. de verb. signif.* Prioris generis res, pronunciatione fiunt certæ, si naturâ existentes & spe-

ſpecie ſua, h.e. corpora ipſa certo loco comprehenſa demonſtrentur, & præterea ſic in ſtipulationem deducantur, ut juxta eam ſolæ peti poſſint, invito promiſſore: ſi ſecus, contrà erit. Secus autem erunt duobus modis. † Primò, ſi certum quidem corpus dari 244
ſtipulemur, ſed in genere; puta, *hominem dare ſpondes, equum Polonicum dare promittis?* Deinde ſi disjunctum, h.e. (ut vulgo loquuntur) duas res alternativè ſtipulemur: veluti, *Davum aut Pamphilum dare ſpondes? Decem aut Stichum dabis?* Etſi utroque caſu unica tantùm res vel ſpecies debetur, unumque corpus ſolvendum ſit, neque id, dum datur, incertum eſſe poſſit. *l. qui hominem. ff. de ſolut.* hoc tamen, utroque caſu, actum intelligitur, ut ea ſaltem ſpecies, ea ſaltem res ſolvatur, ac quaſi ſola debita videatur, quam promiſſor elegerit: ideoque propter hunc eventum electionis ſtipulatio cenſetur incertæ rei. *d. l. ubi 75. in princ. & §. qui illud. h. t.* Apparuit quidem ab initio, quale promitteretur, aut quid; ſed non etiam quantum. † Si quanti- 245
tate, hic. numero, pondere & menſurâ res cõſiſtant; veluti vinum, oleum, butyrum, nummi, *d. l. 2. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. at. d. l. 4. ubi annotat. ff. de verbor. ſignific.* hæc tria ex ſermone apparebunt, quid, quale & quantũ. Nam ſi promittas *vinum Rhenenſe*, apparet quidem, quid in ſtipulationem venerit; ſed quale & quantũ, in obſcuro eſt. Si addas; *vini Rhenenſis, boni amphoras decem*; intelligetur quidem, quid & quantum promiſeris, ſed nondum quale. Ideoque adhuc incerti vini eſt ſtipulatio. Si verò addas, *illius vini Rhenenſis, illius Bachracenſis*, vel *quod in hoc dolio continetur, amphoras decem?* tandem certi promiſſio erit, quia nunc conſtat, quid, quale & quantum illud ſit. Idem de *tritico bono decem modiorum* dicendum eſt,

cùm bono melius inveniri possit: & illud est, quod *in d.l.ubi autem 75. §. illud. & d.l. stipulationum 74. hoc titul.* rèspondsum est. Ubi hoc quoque observandum est, si stipuler vinum, quod in isto dolio est, nummos, qui in ista arca concluduntur, licet neque bonitatem, neque quantitatem verbis exprimam; esse tamen certi stipulationem: quia hac demonstratione certam quasi speciem certa quantitate & qualitate cõsistentem expressisse videor. *d.l. ubi 75 §. illud. hoc titul. l. talis scriptura. l. cùm res. §. 1. ff. de legat. 1.* & nominis vice hæc demonstratio fungitur. *dict. leg. certum est. ff. de re-*
246 *bus credit. si cert. petat.* † Ideoque apud Theophil: *in Institut. hoc titul.* qui talem stipulationem *incerti esse* pronunciat, puto textum esse corruptum, & *certi* legendum. Nam planè similis est hæc stipulatio illi: *Quod mihi Sejus debet, dare spondes?* quam certam esse non dubitatur, modò Sejus certum debeat. *per d.l. certum est. ff. de rebus credit. dict. leg. cùm res. §. 1. dict. leg. ta-*
247 *lis. l. planè. §. sed si non. ff. de legat. 1.* † Neque diversum sentit Ulpianus *in dict. leg. ubi autem 75. §. qui verò à Titio. hoc titulo.* Etsi quidem initiò generaliter videtur asseverare, hanc stipulationem: *quod mihi Sejus debet, dare spondes?* item, *quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* incerti esse: tamen *in versicul. quamvis.* non posse has stipulationes à superioribus quantitatum stipulationibus; puta, *vinum illud, quod in hoc dolio continetur dare spondes? nummos illos in hac arca conclusos?* separari, & ideò certi esse. Hæc sanè vis est illorum verb. *quamvis ista species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo, vel tritico, quod in horreo repositum est.* Addit aliud argumentum ab exemplo fidejussoris: *Et adhuc*, inquit, *occurrit, quòd fidejussores certum videntur promittere, si modò & is, pro quo*

obli-

obligentur, certum debeat; cùm alioquin ita (hac quasi demonstratione sine quantitatis expressione) *interrogentur, id* (quod Titius mihi debet?) *fide tua esse jubes?* Itaque hic sensus est *dict. §. qui verò à Titio.* si stipulerà te, *quod Sejus mihi debet?* vel *quod ex testamento illo mihi debes?* videri me incertum stipulatum, si illud fuerit incertum, quod Sejus mihi debet, & quod ex testamento illo mihi debetur; Certum verò, si Sejus, vel tu ex testamento certum debeas. † Talis 248
enim est demonstratio, quale demonstratum: & vice versa *d. l. certum. d. l. cùm res. §. 1. d. l. talis scriptura. d. l. planè. §. sed si non, &c.* † De eo, quod interest, pleraque 249
Bart. *in d. l. certi 9. num. 24. 25. & 28. 29.* & Jason. *num. 6. & 34. 35. 36. 37. 38. ff. de reb. credit.* comminiscuntur; ac si aliquo casu incerti condictio detur de eo, quod interest, licet sit illud ipsum, quod interest, certum per naturæ eventum, propter judicis officium & causæ qualitatem, *argum. l. unic. C. de sentent. qua pro eo, quod interest. l. si quis ab alio. §. fin. ff. de re judic. l. fin. ff. si quis in jus vocat. non ier. l. sed et si susceperit. 52. §. fin. ff. de judic.* Sed illa eorum assertio tuta non est, *per l. fin. ff. de prætor. stipulatio. §. penultim. Institut. hoc titul. cum similibus*; nec quicquam eos allegati textus juvant, ut ex sola inspectione cuilibet liquere potest. Imò officium illud judicis, *de quo in dict. leg. unic.* intercedit circa condemnationem, non petitionem. Condictione autem illud petimus, quod nobis deberi intendimus. † Hinc passim incerti stipulatio appellatur, quo fa- 250
ctum stipulati sumus, quod facti vice illud, quod interest, debetur: eodemq; sensu incerti agi dicitur *in d. l. fin. ff. si quis in jus vocat. non ier.*

I. CONSECTARIUM. † *Quando igitur, & naturâ* 251
& pronunciatione ipsa apparet, quid, quale, quantumq; illud

sit, quod promittitur, certam esse stipulationem dicemus, per *d.l.74.& l.75.h.t.& suprà deducta.*

II. CONSECTARIUM. *Cæterùm, si hæc tria simul naturâ & pronunciatione deficiant, nec prorsus ex ipsâ re vel verbis constare possit, quid, quale, quantumq; promissum sit, adeò incertum censetur in stipulationem venisse, ut nihil debeatur: quia non apparet quicquam quod promissum dici possit*, per *l.triticum 94.l.ita stipulatus 115.h.tit.* veluti si à te hunc in modũ stipuler: *Triticum dare spondes?* vel, *oleum dabis? vinum dare promittis? d.l.triticum.* At dixeris, hîc apparet, quid illud sit, quod stipulatus sum. Imò genus generalissimum appellasti: quid verò sub eo intellexeris, nemo, nec tu fortasse cõjicere potes.

252 † Quinimò cogitatum in mente retentum nihil operatur. Nisi expresseris vel re, vel demonstratione, vel verbis, quid senseris, non potest promissor videri in idem placitum tecum consentire: & ita defi-

253 ciet stipulationis substantia, *de qua cap.3.& 4.* † Deinde per vocem *Quid*, hîc intelligimus genus proximũ & speciem, non genus generalissimum. Sic inepta erit illa stipulatio, *animal dare spondes?* Nam & hominem, & leonem, & taurum, & ciconiam, & murem,

254 & id genus alia continet infinita. † Itaque secus est, si quis ab eo, qui plures fundos ejusdẽ nominis habet; fundum stipulatus sit, etiam simpliciter: quia quid sit stipulatus, apparet, cùm de proximo genere egerit, fundo tali, quem vel habet, vel dare potest promissor. De obscuri autem interpretatione nunc non agemus.

XXII. CONCLUSIO.

255 RUrsum † *utrumq; hoc dandi faciendiq; stipulationum genus, dividuum est, aut individuum.* *l.2.in*

l.2.in princ.& §.1.2.ultim.l.3.l.4.l.5.§.ultim.l.in stipulationibus 54.l. stipulationes non dividuntur 72. l. in executione 85.hoc tit.l.9.§.1.l.Stichus 29.l.inter 31.l.quotiens 37.l.si quis 67.ff.de solution.l.Gajus.§.Titius.ff. de legat. 2.& his omnibus locis Interpp.Anton.Gomezius 2. variar. resolution. capit. 10.Anton.Fabr.lib.3. conjectur. capit. 7. & 8.Hottom. illustr. quæst.18.19.20.21. † Semper hæc de dividuo & indi- 256
viduo tractatio difficilis & perobscura habita est, multisque opinionibus & commentariis vexata; ut Gomezius multis autoritatibus *dict.cap.10.* probat,& præter alios plurimùm conatus est Eguinar. Baro peculiari volumine *de dividuis & individuis*: item Molynæus *in labyrintho & commentario suo ad l.1.2.3. & 4. de verborum obligat.* Hottoman.*dict.quæst.illust. 18.19. 20. 21.* Etsi quidem hæc omnia, nimis prolixa, nunc discutere, est impossibile, & generaliter quid sentiam, satis dixisse videor, *ad dict.leg.rectè dicimus 25. axiom. 2. & 3.ff.de verborum significat*: paucis tamen pro loci necessitate,& quantum ad stipulationum interpretationem satis esse credo (nam & alios contractus, & legata & fideicommissa, & divisoria judicia hæc res concernit) differere instituti nostri ratio exigit.
† Primò itaque ignorandum non est, partem rei 257
præstare, esse eam dividere: & rem dividere, in hac disputatione nihil aliud esse, quàm partem præstare, sive per partes solvere posse.*d.l.2.§.1.§.2.§.ultim.d.l. in stipulationibus 54.§.1.dict.leg.in executione.dict. l. stipulationes non.hoc tit.d.l.9.§.1.ff.de solution.* † Secundò obser- 258
vandum est, omne id, quod in stipulationem deducitur, aut naturâ, aut contractus conditione, dividuum vel individuum esse. † Naturâ illud omne di- 259
viduum est, quod aut partes universi aut integri recipit: & neutro modo partes habet, individuum est,

260 *l. rectè dicimus 25. ubi prolixè declaravi de verb. signific.* † Universum itaque, veluti genera singularium rerum; item res, quæ numero, pondere & mensura constant; plura ejusdem generis facta: veluti, sexies Capuam ire: quatuor fossas fodere: quinq; operas fieri, &c. numero dividuntur, quia universi partes numero discernuntur. *l. in stipulationibus 54. in princ. & §.*

261 *1. h. t. l. si centum 117. hoc tit.* † Integra verò, h. e. singulæ species partibus integri, id est, pro indiviso dividuntur; uti, fundus Tusculanus in sex regiones: homo in corpus & animam inferiorem & superiorem, sinistram & dextram partem: ædes in superficiem & solum, &c. *d. l. 2. l. 3. l. 4. l. in stipulationibus 54. l. in executione.*

262 *hoc tit.* † Tertiò, non satis est aliquam rem naturâ dividuam esse, nisi sit etiam talis contractus conditione. *l. 9. §. ultim. ff. de solut. Donel. ad l. 28. & ad l. stipulationes non dividuntur 72. num. 1. h. tit. fac. dict. l. 2. §. & harum.*

263 *h. tit. l. cùm Stichus 29. ff. de solution.* † Conditio autem contractus illa consistit in solutione, *dict. leg. §. ultim. dict. leg. cùm Stichus 29. d. l. 2. §. 1. 2. & ultim. l. 3. l. 4. l. 5. §. ultim. dict. l. in stipulationibus 54. d. l. stipulationes non dividun-*

264 *tur 72. d. l. in executione 85. h. tit.* † Nemini autem invito aliud pro alio solvi potest, ut contingat liberatio. *l. 2. ff. de reb. cred. si cert. l. si quis aliam 46. l. si cum aurum 50. l. si quis stipulatus 57. l. debitorem 99. ff. de solution. l. solutum. leg. liberationis. & ibi not at. ff. de verborum significat.* Nec absque pacto aut novatione aliud & aliâ formâ ac modo solvere fas est, quàm contractus substantia permittit, quàm promissum est, *l. solutionis. de V. S. leg. solutionis 54. ff. de solution. dict. leg. 2. leg. 3. de reb. credit. si*

265 *cert. dict. leg. si quis aliam 46. dict. leg. si cum aurum.* † Nemini etiam invito per partes solvere licet, etiamsi commodam divisionem res patiatur. *l. quidã existima-*

verunt

verunt 21. ff. de reb. cred. si cert. petat. imò ne quidem arbitrio jus dicentis, si aut lex contractus, aut rei natura obstet. Itaque quoties aut conventionis lege hæc cõditio expressa est, ut res alioquin dividua per partes non solvatur, nec per partes data liberationem generet; aut solutio per partes facta, cùm posset efficere, ut aliud pro alio invito solvatur, ac corrumpatur utilitas solutionis, non erit allatura pro parte liberationem à nexu obligationis: propter contractus conditionem censeri debet obligatio individua. † Ex quo illud consequens est, ut aliqua stipulatio dividua sit, necesse esse, & jus solutionis & naturam rei concurrere. † Et illud est, quod Interpp. exprimere voluerunt, quando docuêre *in d. l. 2. d. l. 4. d. l. in stipulationibus 52. dict. leg. stipulationes non dividuntur 72.* quatuor modis: I. respectu promissionis & obligationis: II. respectu distributionis & divisionis inter heredes: III. respectu solutionis: IV. respectu liberationis: contractus esse dividuos vel individuos: de quibus Gomez. latè *d. cap. 10. tom. 2. variar. resolut.* His quatuor concurrentibus omni jure dividuam esse stipulationem concludunt; aliquo horum deficiente non propriè & absolutè. Sed hoc labyrintho opus non est: imò in plerisque fallit. Nam, promissione & obligatione aliquid dividuum esse oportere, ita intelligunt, ut potuisset quis per partes, si ita placuisset, rem illam stipulari; veluti, si quis decem roget; quia si vellet, posset per quinque & quinque stipulari. Atqui fossam per partes fodi, posse quem non minus stipulari, quàm parietem aut ædificium per partes fieri, quis dubitat? *l. opus 36. ff. locati conduct.* vel per singulas operas refici aut confici, elocare, *l. ea lege 51. §. locavi. eod.* Ergo ex hac sententia hoc promana- 266 267

ret, *fossam fodi, ædificium fieri, parietem refici*, facta promissione & obligatione esse dividua: quod sane fal-
268 sum est. *l. stipulationes non dividuntur. h.tit.* † Sic modus & tempus adjici potest servituti. *l. 4. ff. de servitutib.* nec tamen aliqua est dividua, vel saltem obligatione.
269 *dict. l. stipulationes.* † Deinde non res per obligationem, sed obligatio per rem subjectam censetur dividua vel individua: cùm hæc divisio à subjecto sit, non à subjecti adjuncto: idq; disertè testatur JCtus *in d.l. stipulationes non dividuntur 72.* dum ait; *Stipulationes non dividuntur*, h.e. dividuæ non sunt, *earum rerum, quæ divisionem non recipiunt.* Et Paulus *in d.l. 2. h.tit. stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt: & harum omnium, quædam partium præstationem recipiunt, veluti cùm decem dari stipulamur: quædam non recipiunt; ut in his* (rebus) *quæ naturâ divisionem non admittunt, veluti cùm viam* &c. Idem fatetur Gomez. *d. cap. 10. nu. 2. argum. l. 4. §. Cato. h.ti. l. si ita fuerit. §. quæstio hæc. ff. de manumiss. vindic.*
270 † Et Bartol. *in dict. leg. stipulationes non.* qui pro regula hoc ponit: *Omnem stipulationem censeri divi-*
271 *duam vel individuam ex re & facto in eam deductis.* † Quin etiam semper actio & obligatio judicatur mobilis vel immobilis, secùdùm naturam rei, pro qua committitur. *l. si ad resolvendam. Cod. de præd. minor. l. cùm hi. §. transactiones. vers. si cùm lis. ff. de transact. l. 1. C. si adversus transact. Gomez. d. cap. 10. num. 2.*
272 † Non igitur res aliqua dici debet promissione & obligatione dividua vel individua: sed cùm promissa sit, videndum erit, an divisionem recipiat & naturâ, & solutionis jure: ut ita constet, an obligatio hæc contracta, sit dividua
273 vel individua. † Ut verò sit aliqua stipulatio tantùm inter heredes dividua, vel respectu liberationis, à jure remotum est: & generaliter statuendum, nùl-

lam

lam obligationem esse inter heredes dividuam, nisi sit & liberatione. *argu.l.2.l.in executione.h.t.d.l.9. §.1.d.l. cùm Stichum. ff.de solution.* nisi sit & in persona autoris defuncti. *l.2. §.ex his. in fin. h.tit.* Ratio repetenda est *ex l.liberationis 47. & l. seq. ubi pluribus dixi. de verb. signif.*

† Est enim liberatio solutionis effectus; ut ubi hic 274
deficiat, necesse sit & causam deficere: ac vice versa. *l. solutionis 54. ff.de solutio.* Deficit autem quoties non est juxta obligationis substantiam satisfactum, ut à nexu ejus adferat liberationem. *l. 4. §. ait prætor. ff.de re judic. d.l.solutionis 54.ff.de solution. l.solutionis.ff.de verb. signific.* Quod si ergo quid dätur, vel fit per partes; verùm ita, ut à nexu in illâ parte datâ, etiam volenti, non adferat liberationem, uti exemplum illi adferunt *ex l.2.h.tit.* in homine uno, vel in rebus alternativè debitis promissoris, cui duo heredes succedunt; potest quidem per Synecdochen & de facto ex opinione dantis solutio, hoc est, factum dandi tradendiq; dici: sed non jure & propriè, cùm jus liberationis nullum in se habeat. † Lex quidem XII. Tabu- 275
larum inter plures coheredes dividit ipso jure vinculum obligationis: verùm ita demum hæc divisio prodest solventi ad liberationem, si & jure solutionis & naturâ res debita admittat divisionem. Si alterutrum deficiat, non item. *d.l.2.h.t.* Quod si non prodest, nec hunc effectum habet; neque in his etiam à lege facta intelligetur. † Ratio redditur ibidē à Pau- 276
lo JCto, quòd ex persona heredum cōditio obligationis non mutatur: quod iterum *in l.2.§.1.ff.de præto. stipulat.* inculcat. Sicut ergo ipsemet contrahens pro parte solvendo liberari in partem non potuisset, ita nec unus heredum solvens. h. e. solvere partem pro portione hereditaria intendens. *d.l.2.d.l.in executione.*

in ea parte liberabitur: & per consequens talis de fa-
277 cto tentata solutio, non est solutio. † Et illud est quod quidam docet, in ea quæstione utrum aliquid sit dividuum vel individuum, duplicem dividui esse considerationem; unam per se, quâ nimirum unaquæque res suâ naturâ est; alteram relatè, quâ non ex sese & per se suâ naturâ dividua est vel individua; sed respectu solutionis, an eam propriè ac reverà per
278 partes adferat. † Quartò hîc observandum est, de factis dividuis & individuis dignoscendis Dd. post Bartol. plures proponere regulas. Prima hæc est: Omnia facta indistinctè suâ naturâ esse individua; solutione pleraque dividua. Secunda: Facta dividua esse, quæ pro parte impleta adferunt respectu partis utilitatem tantam, quantam totum respectu totius: veluti, si sacculum pecuniâ plenum tibi restituere promisissem: hæc restitutio per partes fieri potest, cùm pecunia numero dividatur; & quo ad partem illam, adfert tantam utilitatem, quantam quo ad totum allatura esset restitutio totius. Tertia: Individuum censeri factum, quod pro parte impletum non adfert tantam utilitatem respectu partis, quantum totum respectu totius: puta, si domum ædificari stipulatus sim: quia parte domus ædificatâ, non est idē effectus, idem ἀποτέλεσμα, quod foret, si esset plenè absolutum. *l. 5. §. 1. ibi nota. ff. de verb. signif.* Quarta: Individuum factum censeri, quod, si pro parte fieret, posset pro parte omissum producere obligationem ad id, quod interest: & ita diversarum rerum solutionem fieri operaretur: veluti si promisisses fossam fodere viginti pedum latam & longam: decem pedum fecisti: in reliquos pedes non placet pergere, & magis arridet tibi id, quod stipulatoris interest,

pro

pro ea parte solvere, quàm inchoatam fossam absolvere: atque ita in diversis rebus invito stipulatori fieret solutio, si in parte illius fossæ factâ contigisset liberatio. Atqui jus contractus non permittit, ut in diversis rebus fiat solutio: quia non præstaret illud, quod lex, quod conditio cõtractus efflagitat. † Quæ- 279
situm ergo non immeritò est de harum regularum veritate & usu? Molynæus & Baro penitus exterminandas credunt, tum quòd verbis legum nullibi exprimuntur, tum quòd non sint perpetuæ & firmæ. Ego existimo, si dextrè intelligantur, tolerari posse: necessarias autem non esse nec perpetuas. Etsi quidem totidem verbis non exstant, res tamen legibus continetur. † Neque verò solum illud in jure censetur expressè traditum, quod verbis est descriptum, sed & quod certa mente & justa mentis interpretatione. *l. 6. §. 1. ff. de verb. signif.* † Et certè primam regu- 280
lam Donellus passim, præsertim verò *in l. stipulationes non dividuntur.* retinet, tametsi alii credant manifestò refutari *per l. 4. §. Cato. h. titu. & d. l. stipulationes non dividuntur.* cùm iis locis manifestò tradatur, esse quædam facta jure dividua: igitur & naturâ etiam sint necesse est. Ratio tamen pro hac regula vulgò allata videtur infirma. Facta, inquiunt, sunt incorporalia: Atqui incorporalia ne quidem per naturam dividuntur; veluti servitutes. *d. l. 2. d. l. stipulationes non dividuntur.* Ergo facta naturâ sunt individua. Minor hujus sanè argumenti falsa est, si generaliter intelligatur: si de servitutib⁹ tantùm; falsa nititur hypothesi. † Non 281
enim servitutes propterea sunt individuæ naturâ, numero, aut partibus pro indiviso, sed quòd partibus integri carent, ut infrà: nec in genere possint deberi, sed semper in specie. Atqui facti ut & hereditа-

Inde est, nisi totum & solidum illud factum sit præstitum, puta nisi tota viginti pedum fossa sit effossa, perinde haberi debeat, ac si nihil effossum esset, & de eo, quod interest fossam fieri, in solidum agetur.

285 *d.l. stipulationes non dividuntur 72.h.tit.* † At objiciunt Molynæus & Baro, Bartolum his regulis nihil aliud ostendere, quàm quomodo sit factum dividuum vel individuum solutione, sive contractus (ut nos loquimur) conditione: non autem quomodo obligatione, hoc est, naturâ. Itaq; doctrinam ejus esse imperfectam. Secundò exempla quædam objiciunt, puta fundum tradi, domum dari, fundum restitui: quæ partis præstationem admittunt; nec tamen tantum commodum adferunt, quod adferrent, si tota darentur, si tota restituerentur. Sed ludunt in verbis Bartoli: Is enim hoc in prima regula præsupponit; quamvis quodlibet factum extra considerationem rei, ad quam dirigitur, possit naturâ videri individuum: relatè tamen plerunque esse dividuum: *sed* ut propterea sit dividua ejus obligatio, satis non esse, respectu rei naturâ divisionem recipere, nisi & solutione tantam pro parte adferat utilitatem, quantam totius, quo ad totum, adferret, hoc est, liberationem. Imò nullum factum obligatione est dividuum, quin etiam tale sit solutione: & vice versa. Deinde, quod Bartolus ait, *illud factum est dividuum, quod pro parte præstitum tantam utilitatem, tantum commodum adfert in ea parte, quantum & quantam totum solutum in toto:* hoc non ad usum & commodum rei quodlibet referendum est, sed saltem de commodo solutionis sive liberationis intelligi debet. Certum est, si mihi fundum centum jugerũ promisisti, & tantùm quinquaginta tradidisti: non tantam me utilitatem usus

& fru-

& fructuum percepturum, quantam si integrum à te consecutus essem. Interim in ea parte, quâ dedisti, liberatus es, & reliquam peto. Denique distinguendum est inter facta mera, & facta jus habētia, h.e. illa, quæ rei translationem habent; ut etiam *in d.l. rectè 25. de verb. signif.* monui. † Quintò admonendi sumus 286
varium hujus doctrinæ esse usum. Spectatur enim ejus usus non exiguus in fidejussorum obligationibus: spectatur in ipsis duobus reis, spectatur in communi plurium dominorum servo stipulante: in heredibus tam promissoris, quàm stipulatoris. Sed de eare passim si uspiam opus est. † His ita discussis: de 287
rebus ita statuendum est: Naturâ res dividuæ sunt, quibus partes sunt, aut universi, aut integri, ut declaratum est *ad d.l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* † Ge- 288
nera igitur, cùm pluribus cōstent speciebus, numero dividūtur: veluti si cui promittam decem homines, tres operas pictorias, vel similes res: item si promittam decem modios frumenti Africi, vel viginti amphoras vini Rhenēsis optimi, aut mille florenos, vel quatuor libras butyri &c. Genera enim dupliciter accipimus, tum pro rebus fungibilibus, h.e. quæ numero, pondere & mensurâ cōstant; tum pro plurium specierum appellatione generali: ut *ex l. 2. ff. de reb. cred. si cert. pet. & ex d.l. in stipulationibus 54. d.l. 2. §. 1. §. 2. d.l. in executione. h. tit.* constat, & tum *in l. 4.* tum *in d.l. 25. de verb. sign.* annotatum est. † Species verò singulæ 289
naturâ dividuæ sunt, sed pro indiviso, ut ibidem exposui, sive res sint corporales, ut Pamphilus, Titius, illud ædificiū, hic paries, iste hortus, fundus Tusculanus &c. *l. in stipulationibus. h. t. l. 9. §. 1. de solutio.* sive incorporales; modò ex corporibus dividuis constent, cujusmodi est hereditas, ususfructus, actio, patri-

260 *l. rectè dicimus 25. ubi prolixè declaravi de verb. signific.* † Universum itaque, veluti genera singularium rerum; item res, quæ numero, pondere & mensura constant; plura ejusdem generis facta: veluti, sexies Capuam ire: quatuor fossas fodere: quinq; operas fieri, &c. numero dividuntur, quia universi partes numero discernuntur. *l. in stipulationibus 54. in princ. &* §.
261 *1. h. t. l. si centum 117. hoc tit.* † Integra verò, h. e. singulæ species partibus integri, id est, pro indiviso dividuntur; uti, fundus Tusculanus in sex regiones: homo in corpus & animam inferiorem & superiorem, sinistram & dextram partem: ædes in superficiem & solum, &c. *d. l. 2. l. 3. l. 4. l. in stipulationibus 54. l. in executione.*
262 *hoc tit.* † Tertiò, non satis est aliquam rem naturâ dividuam esse, nisi sit etiam talis contractus conditione. *l. 9. §. ultim. ff. de solut. Donel. ad l. 28. & ad l. stipulationes non dividuntur 72. num. 1. h. tit. fac. dict. l. 2. §. & harum.*
263 *h. tit. l. cùm Stichus 29. ff. de solution.* † Conditio autem contractus illa consistit in solutione, *dict. leg. §. ultim. dict. leg. cùm Stichus 29. d. l. 2. §. 1. 2. & ultim. l. 3. l. 4. l. 5. §. ultim. dict. l. in stipulationibus 54. d. l. stipulationes non dividun-*
264 *tur 72. d. l. in executione 85. h. tit.* † Nemini autem invito aliud pro alio solvi potest, ut contingat liberatio. *l. 2. ff. de reb. cred. si cert. l. si quis aliam 46. l. si cùm aurum 50. l. si quis stipulatus 57. l. debitorem 99. ff. de solution. l. solutum. leg. liberationis. & ibi notat. ff. de verborum significat.* Nec absque pacto aut novatione aliud & aliâ formâ ac modo solvere fas est, quàm contractus substantia permittit, quàm promissum est, *l. solutionis. de V. S. leg. solutionis 54. ff. de solution. dict. leg. 2. leg. 3. de reb. credit. si*
265 *cert. dict. leg. si quis aliam 46. dict. leg. si cùm aurum.* † Nemini etiam invito per partes solvere licet, etiamsi commodam divisionem res patiatur. *l. quidã existima-*

verunt

verunt 21. ff. de reb. cred. si cert. petat. imò ne quidem arbitrio jus dicentis, si aut lex contractus, aut rei natura obstet. Itaque quoties aut conventionis lege hæc cõditio expressa est, ut res alioquin dividua per partes non solvatur, nec per partes data liberationem generet; aut solutio per partes facta, cùm posset efficere, ut aliud pro alio invito solvatur, ac corrumpatur utilitas solutionis, non erit allatura pro parte liberationem à nexu obligationis: propter contractus conditionem censeri debet obligatio individua. † Ex quo illud consequens est, ut aliqua stipulatio dividua sit, necesse esse, & jus solutionis & naturam rei concurrere. 266

† Et illud est, quod Interpp. exprimere voluerunt, quando docuêre *in d. l. 2. d. l. 4. d. l. in stipulationibus 52. dict. leg. stipulationes non dividuntur 72.* quatuor modis: I. respectu promissionis & obligationis: II. respectu distributionis & divisionis inter heredes: III. respectu solutionis: IV. respectu liberationis: contractus esse dividuos vel individuos: de quibus Gomez. latè *d. cap. 10. tom. 2. variar. resolut.* His quatuor concurrentibus omni jure dividuam esse stipulationem concludunt; aliquo horum deficiente non propriè & absolutè. Sed hoc labyrintho opus non est: imò in plerisque fallit. Nam, promissione & obligatione aliquid dividuum esse oportere, ita intelligunt, ut potuisset quis per partes, si ita placuisset, rem illam stipulari; veluti, si quis decem roget; quia si vellet, posset per quinque & quinque stipulari. Atqui fossam per partes fodi, posse quem non minus stipulari, quàm parietem aut ædificium per partes fieri, quis dubitat? *l. opus 36. ff. locati conduct.* vel per singulas operas refici aut confici, elocare, *l. ea lege 51. §. locavi. eod.* Ergo ex hac sententia hoc promana- 267

ret, *fossam fodi, ædificium fieri, parietem refici*, facta promissione & obligatione esse dividua: quod sane fal-
268 sum est. *l. stipulationes non dividuntur. h. tit.* † Sic modus & tempus adjici potest servituti. *l. 4. ff. de servitutib.* nec tamen aliqua est dividua, vel saltem obligatione.
269 *dict. l. stipulationes.* † Deinde non res per obligationem, sed obligatio per rem subjectam censetur dividua vel individua: cùm hæc divisio à subjecto sit, non à subjecti adjuncto: idq; disertè testatur JCtus *in d. l. stipulationes non dividuntur 72.* dum ait; *Stipulationes non dividuntur*, h. e. dividuæ non sunt, *earum rerum, quæ divisionem non recipiunt.* Et Paulus *in d. l. 2. h. tit. stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt: & harum omnium, quædam partium præstationem recipiunt, veluti cùm decem dari stipulamur: quædam non recipiunt; ut in his* (rebus) *quæ naturâ divisionem non admittunt, veluti cùm viam* &c. Idem fatetur Gomez. *d. cap. 10. nu. 2. argum. l. 4. §. Cato. h. ti. l. si ita fuerit. §. quæstio hæc. ff. de manumiss. vindic.*
270 † Et Bartol. *in dict. leg. stipulationes non.* qui pro regula hoc ponit: *Omnem stipulationem censeri divi-*
271 *duam vel individuam ex re & facto in eam ductis.* † Quin etiam semper actio & obligatio judicatur mobilis vel immobilis, secùndùm naturam rei, pro qua committitur. *l. si ad resolvendam. Cod. de præd. minor. l. cùm hi. §. transactiones. vers. si cùm lis. ff. de transact. l. 1. C. si adversus transact. Gomez. d. cap. 10. num. 2.*
272 † Non igitur res aliqua dici debet promissione & obligatione dividua vel individua: sed cùm promissa sit, videndum erit, an divisionem recipiat & naturâ, & solutionis jure: ut ita constet, an obligatio hæc contracta, sit dividua
273 vel individua. † Ut verò sit aliqua stipulatio tantùm inter heredes dividua, vel respectu liberationis, à jure remotum est: & generaliter statuendum, nul-

lam

lam obligationem esse inter heredes dividuam, nisi
sit & liberatione. *argu. l. 2. l. in executione. h. t. d. l. 9. §. 1. d. l.*
cùm Stichum. ff. de solution. nisi sit & in persona autoris
defuncti. *l. 2. §. ex his. in fin. h. tit.* Ratio repetenda est
ex l. liberationis 47. & l. seq. ubi pluribus dixi. de verb. signif.
† Est enim liberatio solutionis effectus; ut ubi hic 274
deficiat, necesse sit & causam deficere: ac vice versa.
l. solutionis 54. ff. de solutio. Deficit autem quoties non
est juxta obligationis substantiam satisfactum, ut à
nexu ejus adferat liberationem. *l. 4. §. ait prætor. ff. de*
re judic. d. l. solutionis 54. ff. de solution. l. solutionis. ff. de verb.
signific. Quod si ergo quid datur, vel fit per partes;
verùm ita, ut à nexu in illâ parte datâ, etiam volenti,
non adferat liberationem, uti exemplum illi adfe-
runt *ex l. 2. h. tit.* in homine uno, vel in rebus alterna-
tivè debitis promissoris, cui duo heredes succedunt;
potest quidem per Synecdochen & de facto ex opi-
nione dantis solutio, hoc est, factum dandi traden-
diq; dici: sed non jure & propriè, cùm jus liberatio-
nis nullum in se habeat. † Lex quidem XII. Tabu- 275
larum inter plures coheredes dividit ipso jure vin-
culum obligationis: verùm ita demum hæc divisio
prodest solventi ad liberationem, si & jure solutionis
& naturâ res debita admittat divisionem. Si alteru-
trum deficiat, non item. *d. l. 2. h. t.* Quod si non pro-
dest, nec hunc effectum habet; neque in his etiam à
lege facta intelligetur. † Ratio redditur ibidē à Pau- 276
lo JCto, quòd ex persona heredum cōditio obliga-
tionis non mutatur: quod iterum *in l. 2. §. 1. ff. de præto.*
stipulat. inculcat. Sicut ergo ipsemet contrahens pro
parte solvendo liberari in partem non potuisset, ita
nec unus heredum solvens. h. e. solvere partem pro
portione hereditaria intendens. *d. l. 2. d. l. in executione.*

in ea parte liberabitur: & per consequens talis de fa-
277 cto tentata solutio, non est solutio. † Et illud est quod quidam docēt, in ea quæstione utrum aliquid sit dividuum vel individuum, duplicem dividui esse considerationem; unam per se, quâ nimirum unaquæque res suâ naturâ est; alteram relatè, quâ non ex sese & per se suâ naturâ dividua est vel individua; sed respectu solutionis, an eâm propriè ac reverà per
278 partes adferat. † Quartò hîc observandum est, de factis dividuis & individuis dignoscendis Dd. post Bartol. plures proponere regulas. Prima hæc est: Omnia facta indistinctè suâ naturâ esse individua; solutione pleraque dividua. Secunda: Facta dividua esse, quæ pro parte impleta adferunt respectu partis utilitatem tantam, quantam totum respectu totius: veluti, si sacculum pecuniâ plenum tibi restituere promisissem: hæc restitutio per partes fieri potest, cùm pecunia numero dividatur; & quo ad partem illam, adfert tantam utilitatem, quantam quo ad totum allatura esset restitutio totius. Tertia: Individuum censeri factum, quod pro parte impletum non adfert tantam utilitatem respectu partis, quantum totum respectu totius: puta, si domum ædificari stipulatus sim: quia parte domus ædificatâ, non est idē effectus, idem ὑποτέλεσμα, quod foret, si esset plenè absolutum. *l. 5. §. 1. ibi nota. ff. de verb. signif.* Quarta: Individuum factum censeri, quod, si pro parte fieret, posset pro parte omissum producere obligationem ad id, quod interest: & ita diversarum rerum solutionem fieri operaretur: veluti si promisisses fossam fodere viginti pedum latam & longam: decem pedum fecisti: in reliquos pedes non placet pergere, & magis arridet tibi id, quod stipulatoris interest,

pro

pro ea parte solvere, quàm inchoatam fossam absolvere: atque ita in diversis rebus invito stipulatori fieret solutio, si in parte illius fossæ factâ contigisset liberatio. Atqui jus contractus non permittit, ut in diversis rebus fiat solutio: quia non præstaret illud, quod lex, quod conditio cõtractus efflagitat. † Quæ- 279
situm ergo non immeritò est de harum regularum veritate & usu? Molynæus & Baro penitus exterminandas credunt, tum quòd verbis legum nullibi exprimuntur, tum quòd non sint perpetuæ & firmæ. Ego existimo, si dextrè intelligantur, tolerari posse: necessarias autem non esse nec perpetuas. Etsi quidem totidem verbis non exstant, res tamen legibus continetur. † Neque verò solum illud in jure censetur expressè traditum, quod verbis est descriptum, sed & quod certa mente & justa mentis interpretatione. *l. 6. §. 1. ff. de verb. signif.* † Et certè primam regu- 280 281
lam Donellus passim, præsertim verò *in l. stipulationes non dividuntur.* retinet, tametsi alii credant manifestò refutari *per l. 4. §. Cato. h. titu. & d. l. stipulationes non dividuntur.* cùm iis locis manifestò tradatur, esse quædam facta jure dividua: igitur & naturâ etiam sint necesse est. Ratio tamen pro hac regula vulgò allata videtur infirma. Facta, inquiunt, sunt incorporalia: Atqui incorporalia ne quidem per naturam dividuntur; veluti servitutes. *d. l. 2. d. l. stipulationes non dividuntur.* Ergo facta naturâ sunt individua. Minor hujus sanè argumenti falsa est, si generaliter intelligatur: si de servitutib⁹ tantùm; falsa nititur hypothesi. † Non 282
enim servitutes propterea sunt individuæ naturâ, numero, aut partibus pro indiviso, sed quòd partibus integri carent, ut infrà: nec in genere possint deberi, sed semper in specie. Atqui facti ut & hereditа-

tis, universitatis, collegii partes sunt pro indiviso, non quidē corporis, sed mentis oculis cōspiciendæ. Hæc reprehensio magni momēti esset, nisi appareret, hanc à Bart. & Dd. traditam regulā nō absolutè, sed ex hypothesi intelligendam: ut sensus sit; omnia facta absolutè, & non ex hypothesi sive relatè considerata, videri individua: pleraq; autem dividua esse, scil. ex hypothesi & relatè. Exempli gratia: horreum tuum mihi vendidisti: & ita tradendo debuisti mea in vacuam possessionem inducere ac dominū facere, vel certè usucapiendi conditionem præbere. *l. 1. §. 3. ff. de act. emp.* Sed posteriorem horrei partem ad Calendas Augusti usq; possidendam commodasti Titio. Tradis igitur nūc anterioris partis claves juxta *l. clavib. 74. ff. de contrah. empt. & ven.* reliquam in Calendas Augusti constituis. Quatenus hunc actum tradendi claves, ut possideam anteriorem horrei partem, per se consideraveris, totum quiddam & individuum factum videtur: tantum enim operis dando accipiendoq; peragitur, ac si totius horrei claves traderes. Si verò relatè spectaveris, quatenus mihi ex contractu universum horreum tradere debebas, integrum hoc factum non est, sed partes habet: & quia res hæc, quæ tradi debet, hunc in modum divisionem patitur pro indiviso: Igitur relatè, h. e. respectu rei, quæ in hoc facto versatur, factum est dividuum; quod alioquin absolutè & per se consideratum fuisset individuum: nec pòst, si etiam posterioris partis claves tradideris, duo prohibentur facta tradendi; sed unum per partes præstitum: quia & una res est, quæ sit per partes tradita. † Secunda quoque & tertia regula dextrè
283 acceptæ multum lucis adferunt. Sensus enim hic est: illa facta esse dividua, quæ pro parte volenti præsti-

ta,

ta, æquè in ea parte effectum solutionis, nempe liberationem adferunt, uti, si tota essent facta, à totius promisso liberarent: si secus, contrà. Exemplo sit, quod modò de horreo per partes tradito adduximus: Nã parte anteriore tradita, liberationem traditio in ea parte adfert, æquè ac si totum horreum traditum, à toto etiam liberationem daret. Sic, si decem apud me deposita reddere debeo: si hodie quinque reddo, pro ea summę parte liberor: cras, si reliqua quinque reddidero, à toto tandem liberatus ero. Contrà, si fossam viginti pedum fodi stipulatus sum; & tu decem pedum feciſti, pro illis decem pedibus non liberaris: quia promissum ὑποτέλεσμα adhuc nullibi appareret, nec quicquam ejus, quod promisisti, præstitum dici posset. *arg. l. 5. §. 1. cum ibi nota. de verb. signif. d. l. stipulationes non dividuntur.* Item, si promisisti mihi stipulanti Romam ire: tu Mediolanum usque transieris, non poteris pro ea parte liberatus videri: Nondum enim Romam perveniſti, nec id feciſti, quod te facturum spopondisti, *dict. leg. stipulationes non 72.*

† Quarta autem regula, non tam regula est de cognoscendis factis dividuis & individuis, quàm rationem reddens, cur ejusmodi facta à rerum translatione vacua, & nuda sive mera non adferãt pro parte liberationem: quia ad merum factum præcisè nemo obligatur, sed semper loco ejus quod interest, succedit. *§. fin. Instit. h. t. ut infr. alibi declarabitur.* Quod si ergo ejusmodi merum ac nudum factum, puta, fossam fodere, Romam ire, pro parte præstitum, pro ea parte liberationem adferret; utique hoc absurdũ inde esset eventurum, ut pro reliqua facti parte cogeretur stipulator in diversare, nempe in eo, quod interesset, pro ea saltem parte, solutionẽ admittere. 284

Inde est, nisi totum & solidum illud factum sit præstitum, puta nisi tota viginti pedum fossa sit effossa, perinde haberi debeat, ac si nihil effossum esset, & de eo, quod interest fossam fieri, in solidum agetur.

285 *d.l. stipulationes non dividuntur 72.h.tit.* † At objiciunt Molynæus & Baro, Bartolum his regulis nihil aliud ostendere, quàm quomodo sit factum dividuum vel individuum solutione, sive contractus (ut nos loquimur) conditione: non autem quomodo obligatione, hoc est, naturâ. Itaq; doctrinam ejus esse imperfectam. Secundò exempla quædam objiciunt, puta fundum tradi, domum dari, fundum restitui: quæ partis præstationem admittunt; nec tamen tantum commodum adferunt, quod adferrent, si tota darentur, si tota restituerentur. Sed ludunt in verbis Bartoli: Is enim hoc in prima regula præsupponit; quamvis quodlibet factum extra considerationem rei, ad quam dirigitur, possit naturâ videri individuum: relatè tamen plerunque esse dividuum: sed ut propterea sit dividua ejus obligatio, satis non esse, respectu rei naturâ divisionem recipere, nisi & solutione tantam pro parte adferat utilitatem, quantam totius, quo ad totum, adferret, hoc est, liberationem. Imò nullum factum obligatione est dividuum, quin etiam tale sit solutione: & vice versa. Deinde, quod Bartolus ait, *illud factum est dividuum, quod pro parte præstitum tantam utilitatem, tantum commodum adfert in ea parte, quantum & quantam totum solutum in toto:* hoc non ad usum & commodum rei quodlibet referendum est, sed saltem de commodo solutionis sive liberationis intelligi debet. Certum est, si mihi fundum centum jugerũ promisisti, & tantùm quinquaginta tradidisti: non tantam me utilitatem usus

& fru-

& fructuum percepturum, quantam si integrum à te consecutus essem. Interim in ea parte, quâ dedisti, liberatus es, & reliquam peto. Denique distinguendum est inter facta mera, & facta jus habêtia, h.e. illa, quæ rei translationem habent; ut etiam *in d.l. rectè 25. de verb. signif.* monui. † Quintò admonendi sumus 286
varium hujus doctrinæ esse usum. Spectatur enim ejus usus non exiguus in fidejussorum obligationibus: spectatur in ipsis duobus reis, spectatur in communi plurium dominorum servo stipulante: in heredibus tam promissoris, quàm stipulatoris. Sed de ea re passim si uspiam opus est. † His ita discussis: de 287
rebus ita statuendum est: Naturâ res dividuæ sunt, quibus partes sunt, aut universi, aut integri, ut declaratum est *ad d.l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* † Ge- 288
nera igitur, cùm pluribus cõstent speciebus, numero dividũtur: veluti si cui promittam decem homines, tres operas pictorias, vel similes res: item si promittam decem modios frumenti Africi, vel viginti amphoras vini Rhenẽsis optimi, aut mille florenos, vel quatuor libras butyri &c. Genera enim dupliciter accipimus, tum pro rebus fungibilibus, h.e. quæ numero, pondere & mensurâ cõstant; tum pro plurium specierum appellatione generali: ut *ex l. 2. ff. de reb. cred. si cert. pet. & ex d.l. in stipulationibus 54. d.l. 2. §. 1. §. 2. d.l. in executione. h. tit.* constat, & tum *in l. 4.* tum *in d.l. 25. de verb. sign.* annotatum est. † Species verò singulæ 289
naturâ dividuæ sunt, sed pro indiviso, ut ibidem expositum, sive res sint corporales, ut Pamphilus, Titius, illud ædificiũ, hic paries, iste hortus, fundus Tusculanus &c. *l. in stipulationibus. h. t. l. 9. §. 1. de solutio.* sive incorporales; modò ex corporibus dividuis constent, cujusmodi est hereditas, ususfructus, actio, patri-

290. monium, collegium, grex, chorus &c. † Itaq; si cō-
mune mihi & Titio servo promittas Stichum, non
mihi totus, neque etiam Titio totus Stichus deberi
potest, sed pro parte mihi, pro altera Titio, pro in-
diviso tamen dabitur. *leg. cùm Stichus 29. de solution. leg.
in stipulationibus. h. titu. d. l. 9. §. 1. ff. de solution.* Item si Sti-
chum mihi soli promiseris, eū pro parte dare potes:
at cùm pars illa sit danda pro indiviso ex solutionis
conditione, nō aliter liberaberis pro ea parte, quàm
si & reliquam in eodem Sticho solveris. *l. 2. §. 1. dict. l.
in stipulationibus. hoc tit. l. 5. de servo. stipula.* Eadem ratio
est in pluribus tam promissoris, quàm stipulatoris
heredibus. Nam si uni solvatur Stichi pars pro he-
reditaria portione: aut unus partem præstet, non li-
berabitur, qui solvit pro ea parte, nisi coheredibus
in eodem debitas partes, cæteri solventis coheredes
solverint. *dict. leg. 2.* Idem jus observabitur in plu-
ribus correis debendi, in pluribus fidejussoribus:
cùm par sit utrobique ratio. Sed difficultatem quā-
dam ingerere videtur *dict. lex cùm Stichum 29. ff. de so-
lution.* Initio quidem traditur: *cùm Stichus aut Pam-
philus communi servo promissi sint: non alteri Stichus, alteri
Pamphilus solvi non potest.* Hactenus nihil habet, quod
superioribus non conveniat, sive legas, *non alteri Sti-
chus, alteri Pamphilus solvi potest*; ut vulgò legunt, &
Cujac. emendat: sive, *solvi non potest.* Nam cùm dis-
creta sint orationis mēbra, poterūt singulis mem-
bris commodè sua negotia addi; tametsi peregrino
loco possit videri posita: Nam quid prohibet dice-
re? *Non alteri Stichus, non alteri Pamphilus solvi debet.* (Et-
enim geminatæ negativæ in distributivis non affir-
mant, sed nativam significationem retinent.)
Tametsi unica negatio utrique sufficere potuisset.

Dimi-

Dimidiæ itaqu singulorum partes debetur singulis dominis. *d.l. cum Stichum 29. h. tit.* quia species sunt promissæ, quæ partes recipiunt singulæ pro indiviso, nec ut genera numero dividuntur. At quod sequitur in *vers. idemque est, si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit: aut communi duorum servo homines decem dare promisit* &c. difficultatem habet. Videtur enim prima fronte idem jus constitui circa generis divisionem, quod circa specierum: nempè, ut quamvis aliarum rerum, quæ numero, pondere & mensurâ constant, genera numero dividãtur, si tamen plura corpora ejusdem generis in genere promittãtur, puta *decem homines*, vel *decem Stichos*, vel *duos Pamphilos*, non fieri divisionem numero, sed per partes pro indiviso. Ut hunc evitaret scopulum Cujac. *vers. idemque.* legit negativè hoc modo: *Idemque non est, si quis aut duos* &c. Verùm huic obstat, quòd si quis duos promittat Stichos, aut duos Pamphilos, censeatur species duas promisisse, non genera: cùm specierum nomina sint. Nec effugere licebit, si dicatur: sed posse intelligi de stipulatione alternativa, non de duabus exempli gratia relatis. Nam adhuc illud manebit, si plures species sint alternativè promissæ, hanc stipulationem nõ esse numero, sed partibus pro indiviso dividuam: quo interim solet alternativa etiam individua censeri, etiamsi res essent promissę naturâ & solutione dividuæ. Ideoque Contius manuscriptum quoddam exemplar secutus ita legendum potius existimat: *Idemque est, si quis aut duos Stichos, aut duos Pamphilos dari promisit: non si communi duorum servo homines decem* &c. Et certè si qua in hoc textu emendatio admittenda, hæc à Contio relata admitti debet. Sed tentandum potius, possitne sine ali-

qua emendationis notâ & Florentina & vulgaris affirmativa lectio defendi? Et posse mihi videtur. Sic enim statuo: Ulpiano propositum esse *in d.l. cùm Stichus 29. de solutio.* docere, quæ res sint dividuæ, & deinde quomodo dividantur. Quæstiones etsi sunt connexæ, diversę tamen diversas admittentes explicationes. Intentio Ulpiani ex ipso apparet responso: liquet *ex l.15. de oper. libert. quæ est ex eodem lib.38. ad edict.* in quo propter edictũ de furto, multa exposuit de statu ingenuorũ, de actionibus præjudicialibus, de operis libertorum: *l. fin. l. si quis ingen. esse dica. l.2. l.13. de oper. liber. l.12. de except. l.13. de nova.* ubi & doctrina de dividuis & individuis locum sortitur. Quæstiones esse discretas & explicationes habere diversas, ex hoc toto tractatu constat. Itaque initio proponit; si communi servo duæ species, Stichus & Pamphilus sint promissi; utrũ obligatio sit dividua: & deinde, quomodo dividi debeat inter duos istos dominos. Pari modo *in vers. itemque.* proponit duo exempla dividuę stipulationis: at quomodo divisio iniri inter istos duos dominos debeat, non explicat statim: sed interjecta ratione, cur stipulatio, *decem homines?* sit dividua, nempe quòd sit instar illius, *decem denarios?* atque ita generis: modum faciendæ divisionis denuò ostendit *in vers. atque utriusque rei.* q. d. Si duo Stichi, vel Pamphili sint promissi, aut decem homines servo communi: utriusque illius stipulationis dimidium debetur dominis singulis; verùm ita, ut hanc divisionem intelligamus duobus modis fieri: uno, qualem ab initio fieri diximus, scilic. ut species & corpora dividantur per partes integri, licet pro indiviso: & is modus servabitur, si duo Stichi, vel duo Pamphili fuerint promissi communi servo: Altero

modo,

modo, ut numero fiat, sicuti solet fieri, si genera debeantur; puta vinum, oleum, frumentum, homines decem, denarii decem. Hæc, inquam, sententia est *d. vers. atq; utriusque.* q. d. tam si plures species specialissimæ sint promissæ, quàm si plures in genere: utroque casu est dividua stipulatio, sed non eodem modo: quia si species specialissimæ plures fuerint comprehensæ, singulæ in partes integri pro indiviso dividantur: si verò res plures sub communi specie, hoc est, genere, tum fiat divisio non per partes integri, sed universi, h.e. numero. Et hęc de generum ac specierum, tam corporalium, quàm incorporalium, sed ex corporibus dividuis consistentium divisione.

† Quæ autem species ex nullis constant corporibus, 291
sed jus patiendi faciendiq; tantùm habent, eæ tandem sunt individuæ: cujusmodi sunt servitutes omnes urbanæ; veluti altiùs tollendi, luminibus officiendi, projectum habendi immittendi; & rusticæ, puta, eundi, ambulandi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *l. pro parte. l. servitutes. l. quotiens. l. viæ. ff. de servitut. l. stipulationes non. h. tit.* † Quibus etiam usum & 292
habitationem adnumeramus. *l. usus pars. ff. de usu & habit.* uti prolixè satis *ad d. l. rectè dicimus 25.* Nec huic cõtrarium est, quod *in d. l. servitutes 14. ff. de servitu.* Paulus asserit, *servitutes prædiorum rusticorum accedere corporibus.* Etsi quidem hoc ita verum est: debẽtur enim à corpore corpori, à fundis fundo: tamen non consistunt ex his corporibus, uti grex, hereditas, collegium, chorus, quadriga &c. Igitur idem de servitutibus, quod de illis judicium esse nequit. † Conditione 293
autem contractus sive solutionis individua redditur rerum stipulatio, quoties partis solutio non præstat pro parte liberationem, sed in pendenti est:

veluti accidit, si unus homo in genere sit promissus: promissio procul dubio est generis, non speciei sive certi corporis. *l. legato 37. ff. de lega. 1. l. 5. de reb. cred. si cert. l. ubi autem 75. l. 2. h. t.* & in conditione solutionis sunt omnes homines servi. At, nisi in unico, solutio fieri non potest juxta contractus conditionem. Itaque si partē in hoc homine mihi solveris, pro ea parte non eris liberatus, nisi in eodem homine etiam reliquam partem solvas: atq; ita in pendenti est ex eventu solutionis, num possis in ea parte soluta (h. e. tradita) liberari. Nam si velis deinde alteram partem in alio homine solvere, aliud pro alio, contra contractus conditionē accipere cogerer: quod æquitas non patitur. Et illud est quod *in l. in executione. vers. pro parte autē. h. t. l. cum incertus 13. ff. de lega. 1. l. si Pamphilo. ff. de opt. leg. l. heredes. §. incerto. ff. famil. ercisc. l. Julian. ff. qui & à quibus manum.* resp̄sum est.† Sic, si duæ res speciales, puta, Pamphilus vel Stichus, & ita non cōjunctim, sed disjunctim, sive alternativè debeantur, individua erit obligatio; quia nō uterq; dandus est, sed alter eorum: & si partem Stichi promissor præstiterit, nō liberabitur pro ea parte, sed in suspenso erit hæc solutio, donec in eodē Sticho etiam reliquam partē solvat: nec audietur si dividere velit solutionem, partē Stichi, partem Pamphili præstando. Id enim resistit conditioni contractus: quia alterutrum eorum solvere oportet integrum. Atq; ita conditione contractus hęc stipulatio erit individua, ut vulgò rectè docuerunt *per l. 2. §. 1. vers. ejusdem cōditionis. l. in executione. vers. idem juris est et si & o. h. t. l. si nō sortem. §. si decem. ff. de condict. indeb. l. qui hominē. ff. de solut.* † Sed antequā hinc digrediemur, admonendi sumus, quosdā contēdere, omnes res incorporales indilinctè individuas esse.

esse. Quod si verũ esset, nos malè suprà dixissemus, usumfructum, hereditatem, actiones, obligationes, gregem, quadrigas &c. dividuas esse. Et in hanc sententiam multa disputat Hotto. *d. illust. quæst. 20. & 21.* contendens hereditatẽ, usumfructũ non solum, sed & usum omnemq; servitutem per se esse individuã; per accidens verò dividuã. Hujus argumenta si consideraverimus, facilè quid in hac controversia statuendum, apparebit. † De usufructu igitur ita *d. cap. 20.* 296
disserit, ut quinq; argumentis ostendat id, quod volumus, usumfructum esse dividuum. Primum *ex l. 5. ff. de usufr.* quòd pro parte ususfructus cõstitui potest tam indivisâ, quàm divisâ. Secũdò *per l. sed ususfructus 81. ff. ad l. Falci. & l. si forte 6. §. si ædes. ff. si serv. vind. item per l. excepta 14. l. placet 25. ff. quib. mod. usufr. amit. l. cui ususfructus. ff. de usufr. l. & per jusjurandum 13. §. 1. ff. de accept.* Itẽ quòd inter coheredes & socios ususfructus dividitur. *l. & puto 16. ff. fam. herc. isc. l. communi 7. §. cùm de usufr. ff. commu. divid.* Deniq;, quòd eæ demùm res individuæ cẽsentur, quarũ usus pro parte nullus est, veluti viæ, itineris. *l. viæ 17. ff. de servit.* instrumenti rustici. *l. quæsitum 12. §. si quis eodem. ff. de instrument. instruct. legat.* Sed ususfructus usum pro parte nobis suppeditat.
† Contrà autem naturâ individuum esse, his cona- 297
tur argumentis ostendere: Primò per vulgare physicorum axioma: Omne incorporeum est individuũ. *Aristot. lib. 3. animal.* uti anima dicitur tota in toto corpore & in qualibet ejus parte, *sac. l. arbor 19. §. 2. ff. cõm. divi.* atqui ususfructus est res incorporea. *leg. 1. in fin. ff. de rer. divis. l. 2. ff. de usufr.* Secundò quicquid est totũ, cùm in partes dividitur, interit; uti arbor divisa, arbor esse desinit: & aratrum divisum, aratrũ esse desinit. *d. l. quæritur. ff. de instru. instruct. lega.* Ususfructus au-

tem est quiddam totum. *l. Mævius 66. §. pen. ff. de leg. 2. l. usufr. 7. l. item si 9. ff. de usufr.* Tertiò divisionis efficientia hæc est, ut ex una re plures fiãt. Itaq; ubi ususfructus inter duos communis per agri regiones dividitur, plures ususfructus fiunt. *l. 7. §. cùm de usufructu. ff. commu. div.* Unius autem rei plures ususfructus esse non possunt. *l. duos 14. ff. de usufr. lega.* Quartò ususfructus facto & jure consistit. *l. unic. in prin. ff. quand. dies usufr. lega. ced.* Facta autem omnia sunt individua. *l. si is qui 81. §. 1. ff. ad l. Falc.* Quintò dominium rei ex parte intelligi non potest. *arg. l. 3. ff. pro derelict.* Ususfructus autem dominii species est. *l. in vend. 8. ff. de reb. auto. jud. possid. l. 4. ff. de usufr.* uti & servitus, quæ homini ab homine debetur. *l. si pariter 7. ff. de libera. cauf. l. 1. §. communis. ff. de stip. serv.* Itaque etsi potest communio esse harum rerum, divisio tamen nulla est. Sextò nemo unquam dubitavit, usum esse individuũ propter *l. usus 19. ff. de usu & habit.* atqui usus nihil aliud est, quàm ususfructus exiguus, ad modum necessitatis redactus. *l. si alii 42. ff. de usufr.* Sicut ergo usus naturâ suâ individuus est, sic & ususfructus. Hæc igitur ut concilientur, dicit, usumfructum partis fundi dici posse: at partem ususfructus non item: sicuti illius Pamphili ℔ parte dominiũ dicitur, nõ autem pars dominii in illo Pamphilo: quia dominiũ partis dicitur passim ℔ indiviso & diviso: nullibi verò dominii pars, ut res alicujus sit pro parte, & pro parte nullius. *l. 3. ff. pro derelict.* Deinde uti Pãphilus naturâ individuus est, cùm sit species sive individuum secundùm Aristotelem: utilitate verò & usu vitæ dividuitatem & partitionẽ recipere dicitur pro indiviso; sic etiam usumfructũ. *per l. 5. ff. de stipulatio. servo. l. 1. §. 1. ff. eodem. l. Mævius 66. §. duorum. ff. de legat. 2.* Ex quo concludit, usumfructum

natu-

naturâ suâ esse individuum, per accidens verò & propter facilem fructuum divisionem fictione dici dividuum. † Sed quis non perspicit, omnia hæc ar- 298
gumenta eodem propè vitio laborare? æquivocatione nimirum dividui & divisi: naturæ secundùm regulas physicas, & naturæ juxta logicos: partis pro diviso & indiviso. Hoc enim *ex d. l. rectè dicimus 25. de verbor. signific. d. l. 2. l. in stipulationibus 54. l. in executione.* & tota hac disceptatione notum est, Jureconsultos non intelligere pro diviso partes divisas: sic enim singulæ partes totum esse incipiunt: sed indivisas universi vel integri. Deinde si per naturam intelligerent partes physicas, neque operæ, neque ulla facta naturâ essent dividua. Partes igitur intelligunt non solùm physicas, sed & logicas, quæ intellectu consistunt. Cùm itaque logicæ partes in hereditatem, in usum fructum, in actiones, in gregem cadant, uti etiam in aratrum, Pamphilum, fundũ, &c. dubium non est, quin naturâ & naturali ratione hæ res sint dividuæ non minus, quàm usu & utilitatis intellectu. Nec ideo obstat primum argumentum, tum quod agit de partibus pro diviso: Non enim res incorporalis ita dividi potest, ut partes pro diviso per se & in se habeat: uti exemplo animæ ostenditur: tum quòd non solas hîc partes physicas, quas oportet esse corporales, sed & logicas in considerationem ducimus; quæ sic etiam intellectu pro divisis haberi possunt, *per d. l. rectè dicimus 25. cum ibi nota.* Deinde usus fructus ita est incorporeus, ut tamen ex corporibus constet. Sic alterum argumentum diluitur, quod ludit in verbo *dividui & individui*: quod ille pro *diviso & indiviso* accipit. Non enim continuò quod dividuum est, intelligitur revera divisum. † *Di-* 299

visum illud tandem est, quod in partes discretas dissectum: *dividuum*, à potentia dividendi dicitur: quia dividi potest in partes pro indiviso, vel diviso: *Divisum* ipsa re in partes dissectum est: *dividuum* saltem intellectu. Arbor igitur ut & aratrum res dividua est; quia partes naturæ intellectu habet, & apta est ad dividendum: sed divisa non est. Nam si arbor divideretur, arbor amplius non esset; aratrum divisum desineret aratrum esse; uti Pamphilus si in partes discretas secaretur, non amplius homo foret. Pari modo divisus ususfructus, aut tot efficeret ususfructus, quot ejus partes fierent discretæ; aut interiret, veluti aratrum per partes discretas scissum. Verùm propterea non sequitur usumfructum esse individuum, quia sit indivisus. Idem ad tertiũ respondetur. Quarti infirmitas eâdem ratione deprehenditur: tum etiam ex eo, quòd falso nititur præsupposito. Non enim naturâ omnia facta sunt individua: non etiam omne jus naturâ est individuum, quia sit incorporale: Utrumq; negamus: imò alterum illud præsuppositum cõtinet repetitionem principii. Hoc enim quærimus, sitne verum, omnia incorporalia; ut nequeunt esse p partes discretas & sensum corporalem divisa, ita nec possint censeri naturâ dividua. Sic & quinti efficacia nulla: Nam & dominium pro indi-
300 viso partitionem recipit. † Et quod *ex d. l. 3. ff. pro derelicto* adfertur, non ideo ita se habet, quia non recipiat intellectu naturæ & per sensum mentis partes dividuas: sed quamprimũ una pars ab altero domino pro derelicto habetur, ea accrescit alteri dominorum: & is, qui in solidum dominus est, nequit idem corpus pro indiviso per partes habere pro derelicto, cùm nulla pars discreta ostendi possit, quam

non

non habeat pro non derelicto. Cur autem dominiũ in partes diuisas non secatur, uti nec libertas & seruitus; non ex eo accidit, quia naturâ res sit individua: sed quia hæ partes sunt integri: quæ diuisæ cessant partes integri esse, & per se totum fieri incipiũt. Itaque si fundus inter nos communis in partes discretas dividatur, ita ut & discretæ singulorum partes sint dominii: tot integra ac tota incipiunt esse dominia, sicuti etiam tot fundi toti incipiunt; in quot partes pro diviso secabitur. Sexti minor laborat improprietate definitionis. † Usus certè non est 301
species ususfructus, neq; in usufructu, ut pars integri contineatur: sed uti in actu iter, in via actus, non partium integrantium consideratione, sed utilitate & commodo insunt. Itaq; definitio illa usus, est per genus peregrinum, & per similitudinem tantùm, non per substantiam. Imò usus est tantùm necessitatis, ut ita neq; divisionem sustineat, neq; dividui recipiat cõsiderationem, cùm per partes indivisas necessitati nõ satisfaciat; sed toto: & omnis, qui utitur, in solidum utit, uti qui stat, vel iter facit, in solidum stat, in solidũ it: & qui cum aliis eodem balneo lavat, eodẽ navigio cum aliis navigat, eodemq; vehiculo vehitur, non pro parte, vel saltem intellectu dividua lavatur aut navigat, vel vehitur, sed in solidum: licet ego non in eadẽ navis aut vehiculi, vel balnei parte sto vel sedeo, aut lavo, in qua ille stat vel sedet aut lavat. *p l. 5. §. fi. ff. commod.* † His ita discussis facilè liquet 302
ejùsdem notæ esse, quæ de hereditate *quæst. 21.* adfert. Ita. n. juris intellectũ habet sine corpore hereditas, *l. hereditas 50. ff. de petit. hered.* ut pari modo habeat quoq; intellectu partes: & ita est universitas, & successio in universum jus, ut q.dem p parte divisâ nõ dividatur:

alioquin non una, sed plures fierent hereditates, quod est impossibile? *l. jurisperitos 30. §. 1. ff. de excusa. tuto. l. quod contrà 141. ff. de reg. jur.* aut penitus interiret, sicuti arbor divisa, & aratrum in frusta disectum: pro partibus verò indivisis dividua res existimatur, *per l. tres fratres. ff. de pact. l. 1. l. 2. l. 3. & tot. tit. ff. famil. herciſc. l 2. §. 1. §. 2. l. 4. §. 1. l. stipulationum 54. l. stipulationes non. l. in executione. h. t.* Sic etsi ex una hereditate non possunt plures divisæ existere ejusdem hominis hereditates, *d. l. jurisperitos 30. §. 1. ff. de excusa. tuto. l. quod contrà 141. §. 1. ff. de reg. jur.* nisi miles sit, *l. si certarũ 17. §. 1. vers. quasi duorum hominum. l. militis 36. §. 1. l. seq ff. de milita. testam.* illud tamen necessariò non infert, pro indiviso dividuam non esse: alioquin nec XII. tabul. rectè divisissent ipso jure; nec pluribus heredibus institutis viderentur singuli pro partibus virilibus instituti: neque pluribus aliquis heredibus relictis decedere posset, sed uno saltem, sicuti olim unus familiæ emptor adhibebatur testamento per æs & libram
303 condito. † Sic etiam etsi species dominii est hereditas, seu potius res dominio nostro subjecta, *l. 2. §. ultim. ff. de bono. posses. secun. tabul. §. ultim. Instit. de heredit. quali. & differ. l. 1. ff. de succes. edict.* tamen uti dominium ipsum per partes pro indiviso dividuum est: ita etiam hereditas. Quòd itaque nemo pro parte adire hereditatem potest, sed totam aut acquirere aut repudiare. *l. quidam. C. de jur. delibe. l. 1. ff. de acqui. hered. l. 1. §. si ex fundo. l. ex facto 35. ff. de hered. instit.* ex eo est, quòd pro diviso partes non habeat, uti nec Pamphilus habet; & quòd nemo pro parte testatus & intestat⁹ decedere potest: atque ita juri accrescendi locus sit.
304 † Quòd heres dicitur in jus defuncti succedere, & hereditas definitur successio in jus, &c. ad jus refertur,

tur, non ad factum: *ut in l. nihil est aliud 24. ff. de verb. signific.* Nihil igitur huc facit, quod Hotto. ait, succedere esse factum: facta autem esse individua. Fallit enim æquivocatione vocis *succedere*, cujus in jure plures sunt significationes. Eodem vitio infectum est, *quod d. quæst. 21. ex l. 1. §. 2. ff. si pars hered. pet. l. Pomponius 8. ff. de rei vind.* adducit: cùm de partibus non divisis, sed integri, hoc est, pro indiviso hîc disseramus. Partes etiam divisas & fundo & hereditati, quatenus ex rebus constat, tribuit JCtus *in d. l. 4. §. 2. & d. l. Pomponius 8.* Quod ergo ait, hereditatem duplici significatione accipi, & pro jure succedendi & pro re hereditaria, verum est: Sed non item quod ex eo elicit, hereditatem ea significatione, qua pecuniam hereditariam significat, dividuam esse: quia divisas partes recipit: individuam, qua jus succedendi: & ideo fundum hereditarium, non esse partem hereditatis. *l. quamvis 14. ff. si quis omissa caus. testam.* ut nec legatũ. *l. qui fundum 87. §. 3. ff. ad l. Fal.* nec res peculiaris, pars peculii. *l. 4. §. si ære. ff. de pecul.* nec res dotalis, pars dotis. *l. 1. ff. de dote prælega. l. quod dicitur 5. ff. de impens. in res dotal. fact.* Hæc sanè imperfectè, truncatim, & æquivocè dicuntur. *ut ex l. 12. §. fin. l. 13. & l. 14. l. 15. ff. si quis omis. caus. liquidum fit.* Nam hoc indicat JCtus. *in l. quãvis 14.* partes hereditatis non constitui minimis portionibus, sed per assis partes: itaque, si quis minimã hereditatis partem ab intestato contra edictum possedisset, cæteris omissis, videbatur non teneri ex edicto, de eo, qui omissa caus. testam. ab intestato adiisset, ad integra legata. Sed hanc nihil efficere objectionem *ex d. l. 13. & l. 15. ff. si quis omis. caus. testam.* patet, & omnino indicatur, res minimas etiam hereditatis partes esse, *ut l. licet 10. ff. de pet. hered.* & qui pro

parte heres est, non solidam petit hereditatem, sed quamlibet rem hereditariam pro sua parte. *d.l.li-*
305 *cet 10.* † Quod de usu assumit *quæst. 20.* probandum, hunc esse dividuũ, longè absurdius est. Utitur quidem his argumentis: primò usus non minus in fructibus consistit, quàm ususfructus; quemadmodum & iisdem modis constituitur & amittitur. Atqui ususfructus ex subjecto suo, in quo consistit, nempe ex fructibus, dividuus dicitur: igitur etiam usus erit dividuus censendus. Secundò *in l.4. & l.pen. §.1. ff. de usu & habita.* traditur, si angusto legatario amplæ domus usus legatus sit, & totius domus usum occupare non possit, hunc posse hodie una, cras altera parte ædium habitare: & ab hospite mercedem exigere, &c. Ergo spatiosæ domus usus est dividuus, & potest non solùm uni, sed duobus ejusdem domus usus legari: quod & de habitatione responsum est *in l. illi cum illo 40. ff. de usu & usufr. lega.* Tertiò, quando ejusdem rei uni usus, alteri fructus legatus est, is cui fructus legatus, non solùm, & usuario supereſt, habet, sed & in usu cum eo concurrit, hoc est, partem usus illi facit. *l. si alii 24. ff. de usufr. l, per servum 14. §. usu legato. ff. de usu & habita. Paulus lib. 3. sent. tit. 6. §. si alteri usus.* Quartò multis casibus usus & ususfructus unum & idem sunt, veluti si pecuniæ usus cõstituatur, *l. 5. §. ult. l. quoniam 10. ff. de usufructu ear. rer.* vel modicus, *l. 8. §. si in annuos. ff. de transact.* aut exigui prædii, *l. fundi 15 ff. de usu & habit.* vel usus sylvæ constituatur. *l. pen. ff. eod.* Quintò usus rei corporalis pluribus constitutus singulis in solidum cedit. *l. 5. §. fin. ff. commod.* Fallacia singulorum facilè patet. Nam primum ludit per elenchum non causæ, ut causæ. Non enim ea sola ac præcipua causa est, cur ususfructus sit dividuus,

dinis, quia consistat in rebus dividuis, in fructibus scilicet: tametsi id quidam Interpp. ut Donellus post veteres arbitrati sint: Sed illa est, quòd in se habet & usum & fructum: quòd & necessitatem & voluptatem: quòd natura uti possimus sine fructu, i. e. sine voluptate: & frui quandoq; sine usu, h. e. sine necessitate: item quòd per partes rerum voluptate frui possumus: *l. si alii 42. ff. de usufr. l. per servum 14. §. fin. ff. de usu & habit.* uti autem non nisi in solidũ queamus. *d. l. 5. §. fin. ff. commod.* Ad secundum respondetur, sive uni legatus sit amplæ domus usus, & is hodie in hac parte, cras in altera habitat; sive duob. ejusdem amplæ domus usus legatus sit, non hoc efficietur, usum esse dividuum vel pro indiviso, nedum pro diviso. Nam non altera atq; altera pars domus, alterum atque alterum usum vel usus partem constituit: alioquin tot essent, vel usus, vel partes ejus, quot cœnacula, quot habitationes: sed ubicũq; & quacunq; domus parte utiẽ, solidus ejus usus est, licet nõ sit in singulis partib. quia necessitati habitantis satisfacit. Et si duobus ejusdẽ amplæ domus usus legatus fuerit, tot usus discretæ h. e. species usus legatæ erunt, quot legatariorum: uti etiam tot usus balnei sunt, quot in eo etiam simul lavant: & singuli in solidum ut lavãt, sic singuli etiam in solidum utuntur: idque & *d. l. 5. §. fin. & d. l. illi cum illo 40. ff. de usu & usufruct. legata esse probat.* Plures autem usus genere ac numero instar plurium operarum & factorum dividi non est dubium: sed an singuli usus seu species inter dividua referãtur, quæstionis est: & de ea nunc agimus. Ad tertiũ dupliciter respondetur: primò, quoties uni usus, alteri fructus ejusdem rei legatur, nõ in uno codẽq; usu fructuarius concurrit cum usuario, ut ejus par-

tem habeat, sed ut in reliquo, quod supereſt, fructū habeat, & fruendi causâ usum: quippe fructui ineſt usus, non ut pars integri, neque ut pars universi, sed tanquam commoditas: caque sententia est *d. l. si alii 42. ff. de usufruct.* Deinde respondetur; verbum *concurrere in d. l. per servum 14. §. fin. ff. de usu & habit 4.* & apud Paul. *d. lib. 3. sent. tit. 6. §. si alteri usus.* malè interpretari Hottomannum per verb. *partem usus illi facere.* Non enim hæc sententia est: sed illa; in usu quidem fructuarium esse conjunctum re usuario: ut si usuarius non agnoscat usum, is accrescat fructuario: cōtrà, usuarium nō esse re conjunctum fructuario, ut eo deficiente possit & usum & fructum habere, sed saltem usum. Concursu autem partem, hoc est, speciem usus facit usuarius fructuario, & vice versa: uti accidit, quando duobus vicinis per fundum eundem legatur uni iter, alteri actus: in itinere utrique concurrunt, non ut sibi itineris partem faciant, vel singulas species itineris: sed ut in itinere utrique sint conjuncti re, in actu non item; ut altero eorum deficiente, alter solus iter habeat: concursu verò unus alteri, nempe illi cui actus legatus est, partem h. e. speciem itineris faciat; in actu autem nihilominus iste iter habeat: non ut partem universi, neque ut partem integri, sed ut commodum & utilitatem. Quartum argumentum eò spectat, quòd interdum per interpretationem rei usus legatus est ad usumfructum extendendus: quia nisi illud fieret; aut à voluntate testatoris deflecteremus, aut irritum redderemus legatum: & vice versa, ex re sæpe intelligemus usum relictum, quamvis sit ususfructus appellatus; cùm aliud res, aliud verba ostendant: qua in parte potior vis erit ejus, quod revera actum, quàm ver-

verbis nudis (ut ita dicam) simulatum. Et hujus generis sunt exempla illa, quæ quarto loco *ex d.l.5.§. ultim.d.l.quoniam.ff.de usufruct.ear.rer.& ex d.l.fundi 15.l. pen.ff.de usu & habit.d.l.8.§.si in annuos.ff.de transact.* allegavit. Quæ non magis probant usum esse dividuũ: quàm si de stipulationibus indistinctè affirmare velis has esse omnes dividuas, vel omnes bonæfidei: quia admittunt obscuri interpretationem. *l.semper in stipulationibus. de regul. jur.* Quintum non contra nos, sed pro nobis facere, suprà ostendimus. Maneat igitur immotum, usum non esse naturâ dividuum, uti nec per accidens. Quam ob causam admittendum quoque non est, quod *in fin. d. quæst. 20.* subjicit, servitutes prædiales naturâ suâ individuas esse; per accidens verò, h.e. propter utilitatem dividuas fieri, & modò mensurâ, modò temporibus dividi, *l.arbor 19.in fin.ff.commun.divid.l.4.§.1.l.via 5.§.1.ff. de servit.* Quod argumentum tum tandem probabit servitutes per accidens esse dividuas, quando probaverit, usum servitutis, & modum eundi, agendi, aquam ducendi, esse ipsam servitutem eundi, agendi, aquandi & ducendi, &c. Deinde si hoc quid probaret, tot essent aut servitutes itineris, vel aquæductus, aut tot earum partes, quot temporibus iremus, aqua duceretur: quo nihil absurdius. *argu. l. servitutes 14.vers.nemo enim.ff.de servit.* Cæterùm quocunque die, vel hora eatur, aut aqua ducatur, solida servitute, non pro parte utimur, in solidum imus, non pro parte. Hæc facultas, hoc eundi, ducendi cõmodum pluribus attribui potest, ut pro sua quisq; fundi dominantis parte eat, ducat: sed ipsa servit°, & servitutis usus potẽtia vel actu dividi neq; p naturam, neq; per conditionem contractus potest. † Ex his 306

etiam intelligitur, quomodo jurisdictio alicujus territorii inter plures cõmunis sit dividua vel individua. Est quidẽ res incorporalis, sed quæ instar servitutis prædialis sit substantia individua. *Marti. Urraneus cons. 9. num. 14. vol. 1. Johan. Schneidewin. in §. quædam. de famul. herciſ. actione n. 29. & 30. Inſt. de act. Paul. de Caſtro ad l. viæ 17. ff. de ſervitu. Bald. in l. ſi plures. num. 1. C. de condit. inſert. Andr. Tiraquell. de jure primog. quæſt. 4. numer. 51. verſic. ſed tu tamen adverte.* Ideoq; usus ejus per modum & tempus dividi potest, ut & compendia ejus, veluti mulctæ, vectigalia, vota, collectæ, operæ, &c. *Nicola. Boër. dec. 5. n. 6. Martin. Uran. d. conſ. l. 9. n. 14. Alex. conſ. 7. num. 8. & ſeqq. vol. 5.* verùm neq; ipsa est per se dividua, neque actus jurisdictionales, nisi in solidũ exercentur. Territorio autem, cui inhæret, vel administratione ejus divisa, singulis partibus solida cedit jurisdictio: de qua re latè scribunt Felin. *ad c. quæ in eccleſiarum. nu. 90. extra de conſtit.* Bar. & Jaſ. *nu. 3. 4. ad l. tunc autem 37. de re jud.* Wesenb. *conſ. 32. num. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. &c.* Hyeron. Schurf. *conſ. 60. n. 2. cent. 1.* Jac. de S. Georg. *in verb. marchio Alvaro.* & cæteri Feudistæ *ad c. imperialẽ. §. præterea. de prohib. alien. feud. per Frid.* Ardizo. *in quæſt. utrum dividi poſſit feud. jurisdictio?* Verũ cùm jurisdictio hodierno usu, modò competat jure magistratus, vel specialis concessionis; modò ut pars patrimonii, atq; ita dominii subjectũ, imò ut pars dominii, (quo respiciũt Modestinus Pistor. *part. 2. illuſt. quæſt. 86. poſt Alex. d. conſ. l. 7. n. 8. & ſeqq. Carol. Molina. de conſuet. Pariſ. §. 16. gloſ. 1. nic. num. 24. verſ. ſextò quæro. & ſeqq. Jacobin. de S. Georg. de Rodiis ſeu operis. num. 10.* & alii, qui contendunt dividuam esse) hæc paulò altiorem indaginẽ requirere videntẽ; sed quæ ab hujus operis scopo alienior, alii tempori
307 & loco reservamus. † De factis (nam ad ea tandem

redi-

tedimus) sic statuendū est: Facta, quæ re consistunt, & expediuntur, ita ut quid juris tribuant, cujusmodi est factum dandi, restituendi rem, ratam rē habe-ri, judicatum solvi, &c. dividua sunt. Facta, quæ nihil juris continent, dandi & tribuendi, sed solummodò faciendi vel patiendi aliquid; ut fossam fodere, Capuam ire, judicio sisti, &c. individua existimantur.

† *Amplius non agit rem ratam haberi? &c.* dividua esse *ad* 308
d.l. rectè dicimus 25. pluribus dixi, & patet *ex l. 4. §. Cato. h.t.* Sic si procurator promittat *rem ratā haberi?* stipulatio dividua est, *l. si procurator 18. ff. rem. rat. habe.* cùm res illa, quæ rata haberi debet, dividua sit, ut pro parte possit non rata haberi, & jus tribuat stipulatori p ea parte, qua rata erit futura; ut, pro qua parte non erit rata, committatur stipulatio. *d.l. 4. §. Cato. ℣. sed videamus. h.t.* † Si tamen dominus pro suo procurato- 309
re rem ratam haberi caviſſet, *juxta §. sin autem. ℣. s. vel præsens dominus. Inst. de satisd.* nō esset hæc stipulatio dividua; idq; diserte Paulus *in d.l. 2. vers. sed videamus.* expressit his verb. *quamvis ipse dominus* (pro suo scil. procuratore promittens rem se habiturū ratam) *pro parte ratū habere non potest.* Hoc ideò quia nudum ac propriū suum factum p̄mittit, neq; hoc intendit, ut de judicio sit reo magis cautū, novaq; intercedat actio; sed ut fides procuratori habeatur, & is ab onere satisdandi liberetur. † Unde Donellus non iniquè 310
existimat, hanc domini promissionem propriè non esse prætoriam stipulationem, de qua agitur *in d.l. 1. de prator. stipul.* Quin & conditio hujus contractus obstat, quæ hæc est: ut quicquid procurator satisdantis fecerit, perinde ratū ac firmum habeatur, ac si ipse-met omnia in propriâ personâ gessisset. † Quod au- 311
rē semel placuit, ampli' displicere nō potest, nec re-

vocare licet vel in totum, vel pro parte, quod semel approbatum & conventione receptum est, *l. sicut. C. de action. & oblig. l. pen. C. de pact. c. quod semel. de reg. jur. 6.* nec fas est contra proprium venire factū. *l. post mor-*
312 *tem. ff. de adoption.* † Igitur etsi per se, seu propria hypotheſi *ratum habere*, est factum dividuum, in domino tamen procuratoris cavente ipsomet, ex con-
313 ditione contractus, factum est individuum. † Individuum est, *per te non fieri, quo minus habere, liceat? quo minus ire agere liceat? & c. l. 2. §. final. l. 4. §. Cato. h. ti-*
314 *tul.* item iter fieri? *dict. l. 4. §. Cato.* † De illa stipulatione, *dolum malum abesse?* an dividua sit, vel indivi-
315 dua, inter interpretes non convenit. † Nata est controversia ex obscuritate & varia interpretatione *l. 4. h. t.* In principio sanè Paulus libro XII. ad Sabinum pergit sermonem *in l. 2. §. fin. h. tit.* cœptum contexere. Dixerat autem *in d. l. 2. §. fin.* hanc stipulationem: *per te heredemq; tuum non fieri, quo minùs mihi ire agere liceat?* esse individuam; ex parte quidem promissoris, ejusque heredum indistinctè: ex parte verò stipulatoris & heredum ejus distinguendum, an pœna stipulationi sit adjecta nécne; ut si adjecta sit in solidum commissa, omnibus heredibus stipulatoris etiam non impeditis, conferat actionem, adversus quos non aliter tutus esse potest reus, quàm beneficio exceptionis doli mali: si verò nulla pœna adjecta sit, tantùm is, qui prohibitus est, ire agere, actionem de eo, quod sua interest, exerceat. Ex Ulpiano *in l. 3. h. titu.* huic disceptationi Pauli subjiciunt compilatores Digest. idem juris esse & in illa stipulatione, *mihi heredique meo habere licere?* Ad Pauli igitur propositā disceptationem *in d. l. 4.* cōpilatores redeunt, & ex eo ita orationem continuant: *Eadē dicemus* (inquit

quit Paulus) *etsi dolum abesse à te heredeq; tuo stipulatus sim, & aut promissor & stipulator pluribus heredibus relictis decesserit.* † Hæc verba qui pro meris assertivis habēt, 316
statuunt, hanc stipulationem esse individuam indistinctè ex parte promissoris, ex parte ēt stipulatoris, tum tandem, si pœna subdita sit. Contrà alii contēdunt, hanc stipulationem, *dolum malum abesse?* non esse individuam. Hanc enim emptor contrahit cum venditore, si contractus fuerit conditionalis, ut vēditor pendente conditione in re vendita dolo nihil faciat: item vicissim venditor, *dolum abesse?* stipulari potestab emptore redhibente: *l. redhibere. §. 1. ff. de ædilit. edict. l. si post acceptū. ff. de rei vend.* Metus fortasse est, ne corrumpat veneno servum, aut manumiserit, vel statuliberum fecerit, aut pignori obligaverit. *d. l. redhibere. §. 1. d. l. si post acceptum.* Atqui tale factum dolosum pro parte fieri potest; veluti si unus duorū reorum, vel promissoris heredum partem suam pignoridet: nec ultrà progredi licet. *l. unic. C. si commun. res pignor. dat.* Dividuam ergo hanc arbitrantur. † De- 317
inde hoc confirmari credunt *per d. l. 4. §. sed videamus. h. t.* Ajunt, illa, quæ *in d. l. 4.* initio proponuntur ex Paulo his verbis, *eadem dicemus, etsi dolum, &c.* manifestò corrigi per *versic. sed videamus.* Ideoque principiū *d. l. 4.* esse, aut verba Sabini malè existimantis, hanc stipulationem, *dolum malum abesse?* individuam esse; aut per interrogationem legenda. Cur autem *§. Cato.* interponatur, priusquam hanc ex Sabino propositam vel sententiam vel quæstionem Paulus *in d. §. sed videamus.* decidat; ejus rei hanc rationē esse putant; quia ex hac Catonis sententia ratio decidendi erat mutuāda. † Cato enim circa facta distinguebat: 318
aut facta esse dividua, aut individua: Si dividua, illū

solùm modò teneri correum, qui ex parte sua secus fecisset; etiamsi pœna fuisset subdita: si verò individua, propter unius factum omnes teneri. Cùm itaque hæc stipulatio, *dolum malum abesse?* non sit similis illi, *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?* hoc est, non sit individua, sed magis similis illi, *rem ratam haberi?* hoc e. dividua sit; falsum erit quod ex Sabino in principio *dict. l. 4.* propositum est: aut, si in principiũ *dict. l. 4.* est per interrogationem legendum, ut magis placet, *eadem dicemus?* hæc erit responsio ad illam quæstionem *in d. vers. sed videamus*; nempe non esse idem statuendum de hac stipulatione, *dolum malum abesse?* quod *in l. 2. §. fin.* de illa stipulatione; *per te non fieri, ire agere licere?* trãditum, & ad hanc stipulationẽ, *habere licere? in dict. leg. 3. hoc titul.* extensum est: cùm potiùs sit similis stipulationi; *rem ratam haberi?* Hanc sententiam tuetur & sequitur Duarenus; Taurel-
319 lus; Donellus. † Argumenta pro hac interpretatione pleraque Donellus *num. 9. 10. & deinceps* adducit. Et quidem præter illud, de quo suprà quòd dolus pro parte possit committi; puta, si unus heredũ, vel correorum in fraudem emptoris partem suam pignori det. Primò urget illa verba: *Sed videamus, ne non idem hic sit:* Hæc, ait, non habere dubitationem, sed affirmationem, inter eruditos convenire, perindeque valere, ac si dicas, *sed non est idem:* ut latè Duarenus *lib. 2. disput. cap. 11.* Secundò, hoc demonstrativum, *hic,* aut demonstrat unam ex tribus illis *in §. Cato.* propositis stipulationibus (*iter fieri? amplius non peti? per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?*) aut illam; quæ ab initio hujus responsi erat instituta, tanquam quæstio & caput hujus disputationis. Atqui hoc demonstrativum, *Hic, in d. vers. sed videamus:*

non

non potest referri ad proximam, *per te nõ fieri, quo minùs mihi ire agere liceat?* quia, si hoc diceremus, hanc sententiam constitueremus: nempe illam stipulationem, *iter fieri?* non esse similem huic, *per te non fieri?* sed magis illi, *rem ratam haberi?* hoc est, dividuam esse: quod apertè falsum est. Sed nec intelligi potest de stipulatione, *amplius non agi?* Etsi quidem verum est, *amplius non agi?* omnino similem esse huic: *rem ratam haberi?* tamen abhorret illa explicatio particulæ, *hic*, à verbis Pauli, *sed videamus, ne non idẽ*: quę profectò sunt correctiora. Paulus autẽ duas illas *iter fieri?* itẽq;, *amplius nõ peti?* inter se non comparaverat, sed separaverat. Illa igitur correctio p dissimilitudinẽ ad neutram earũ accommodari potest. Sed nec ideo de stipulatione, *amplius non agi?* hoc demonstrativum intelligi potest: tũ quia repugnat natura pronominis demonstrativi, *hic*, quod ad proximum, non ad remotius se habet: tũ quia Paulus idem confirmaret, q̃ paulò antè etiam Cato ratione affirmasset: Illud autem à Pauli sententia recedit, cui propositum est *in diversſed videamus*. aliquid reprehendere, non cõfirmare. Cùm ergo effectum sit, ad nullã ex tribus proximis hanc particulam demonstrativam spectare; consequens manebit, dẽmonstrari quæstionem initiò propositam: & hanc interpretationem Taurelli ac Duareni veram esse. † Sed vereor ne magis sit subtilis, quàm vera hæc opinio. Dolus enim in solidum, non pro parte committitur. *l. si duo 22. ff. depos.* Disertè etiam Paulus *in leg. inter 44. §. quod ex facto. ff. fam. ercisc. und.* inter se exæquat stipulationem, *à te hęredeq; tuo dolum malum abfuturum?* & hanc, *neq; per te, neq; per heredem tuum fieri, quo minus ire agere liceat?* ut si unus coheredum in illa re quid dolo fecerit, vel

320

ſtipulatorem impedierit, id propter omnes teneantur in ſolidum, eoque nomine habeant cum hoc coherede ſuo in ſtipulationem peccante familiæ herciſcundæ judicium. Quod ſanè omne convenit *cum d.l.2.§.fin.& l.3.& principio d.l.4.h.tit.* ac diſertè probat, hanc ſtipulationem, *dolum malum abeſſe, abfuturumq́ æquè ut illam, per te non fieri, ut ire agere liceat?* individuam eſſe, uniusque facto in ſolidum committi.

321 † Sed quid reſpondet Donellus? nempe, Paulum non dicere, quòd pariter accidat in utraque ſtipulatione, ut unius facto ſtipulatio committatur in ſolidum, & cæteri quoque heredes teneantur: ſed hoc tantum, quo caſu in his ſtipulationibus unius facto reliqui teneri cœperint, eo caſu reliquos adverſus eum, qui ſtipulationem commiſerit, judiciũ familiæ herciſcundæ habituros. Atqui non omni caſu, cæteros obligari ex unius promiſſoris vel coheredis facto, ſi contra ſtipulationem, *dolum malum abeſſe?* peccaverit: uti ſuprà *per leg. unic. Cod. ſi commun. res pignor. dat.* aſſerebatur. Etenim hæc ſtipulatio non unius generis facta continet: cùm quædam habeat individua, ut ſi unus venenum malum vendito mãcipio, vel equo dederit: quædam dividua, veluti, ſi pignori obligaverit heres. Igitur *in d.l. inter 44.§.quod ex facto.* non abſolutè & in univerſum ſecundũ Donellum conferẽ ſtipulationi, *per te heredesq́ tuos nõ fieri, quo minùs mihi ire agere liceat?* quæ ſemper individuũ continet factum, ſed modo quodam & aliquo ſaltem caſu. Si jam perpetuò individua non eſt hæc ſtipulatio, *dolum malum abeſſe?* ſed frequentiùs dividua, conſequens illud ſubſiſtat *in d.l.4.℣. ſed videamus.* corrigi ſententiam Sabini ab initio per quæſtionis modum propoſitam.

322 † Sed hæc Donelli reſponſio pari incer-

incertitudine & imbecillitate laborat. Si enim in eo æquiparantur liæ duæ ſtipulationes, quo ad judicium familiæ herciſcundæ, etiam quo ad cætera, ex quibus illud jus dandi illius judicii oritur, pares ſint neceſſe eſt: oritur autem ex individui naturâ. *d.l.2.§. fin.l.3.hoc titul.* Deinde JCtus Paulus *in d.l.inter 44. §. quod ex facto. famil.herciſcun.* non caſus harum ſtipulationum diverſos inter ſe comparat; ſed ipſas ſtipulationes: neque *in verſ. imò etſi reliqui.* de ſolâ doli mali ſtipulatione, ſed de utraque conjunctim, & quidem univerſaliter diſerit. Sicut ergo ſtipulatio, *neq; per te neque per heredem tuum fieri, quo minùs ire agere liceat?* perpetuò & indiſtinctè individua eſt; ita & altera illa, *dolum malum abeſſe?* huic iisdem verbis & eadem juris deciſione conjuncta, abſolutè & ſemper erit individua cenſenda. Ita enim *in d. l.inter coheredes 44. §. quod ex facto. fam.herciſc.* Paulus: *Quod ex facto,* inquit, *ſuo unus ex coheredibus* (promiſſoris) *ex ſtipulatione* (individua) *hereditaria præſtat, non repetet* (ratio extat *in l. quod quis. de reg. jur. l. ſi cõmunis familia. ff. de noxal. actio.*) *veluti ſi à ſe heredéque ſuo dolum malum abfuturum defuncti ſpopondit,* (ſic abſolutè hoc exemplum propoſitæ regulæ ſubjicitur) *vel neq; per ſe* (alterum exemplum) *neque per heredem ſuum fore, quo minùs quis eat, agat: Imò* (nota extenſionis) *etſi reliqui* (heredes) *propter factum unius* (ex individua obligatione) *teneri cœperint, quaſi conditio ſtipulationis hereditariæ extiterit, habebunt familiæ herciſcundæ judicium cum eo, propter quem commiſſa ſit ſtipulatio.* † Sic *in l. ex clauſula 17. ff. judic. ſolvi.* generaliter 323
reſpõſum eſt, ex clauſula rei judicatæ ſtipulationem, de dolo malo, ob rem non defenſam, in ſolidum cõmitti: cùm arbitratu boni viri defenſa non videatur, quæ in ſolidum defenſa non eſt. Sed & Ulpian. *in l.*

quòd si nolint 31. §. Pomponius ait. si unus. ff. de ædilic. edict. autoritate Pomponii probat, hanc stipulationem, *dolum malum abesse, abfuturumq;?* individuam esse, & eum qui fecit, & cæteros omnes in solidum teneri, ita ut familiæ herciscundæ judicio experiri cum coherede possint. Non obstant illa, quæ Donellus ur-
324 genda assumpsit. † Nam etsi rem communem coheres, vel socius nõ obligat pignori pro majore, quàm sua portione: si tamen pro indiviso pignori dederit, nulla pars ostendi & dici potest pignori non obligata. *l. si consensit 7. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypothec.* priusquam pro diviso partes esse cœperint; *arg. l. 1. l. fratres. C. commu. utriusq; judic. d. l. unic. C. si commu. res pigno. dat. l. rectè dicimus 25. ff. de verb. signif.* Quo efficitur, ut neuter coheredum emptori tradat possessionem ab obligatione vacuam, *per d. l. si consensit 7. §. fin.* contrà quam hac stipulatione cautũ erat. Quinimò testatur Gajus, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utiq; eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pignori dedit: sed utriusque partem pro indiviso, pro parte dimidia manere obligatam. *dict. l. si consensit 7. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypothec.* nec jus hypothecæ potuisse contractu vel alienatione secutâ mutari. *l. 7. l. debitorem 15. C. de pignor.* Itaq; adversus omnes committetur, & familiæ herciscundæ judicium cæteris concedetur adversus eum, cujus facto res illa pignori obligata est, tametsi pro majore parte obli-
325 gari non potuerit, quàm ejus fuerat. † Quid si unus eorum manumittat? aut statuliberi conditionem imponat, maximè ex recẽti Justiniani Jure? *§. fi. Inst. de donat.* Etsi pro majore parte libertatem dare non potuit, quàm qua dominus erat, necessitatem tamen

men cæteris imponit, admittendi precii, atque ita liberum faciendi. *d. §. fin. Inst. de donat.* Quæ necessitas per traditionem vacuæ possessionis proportionibus coheredum unà cum cõditione statuliberi transibit ad emptorem, cui propterea à nullo coheredum satisfactum videri potest: quia dolus ut abesset, nõ curaverunt. Nam qui dolum malum abesse abfuturumq; promittit, non simplex abnutivum, sed se suumq; heredem curaturũ, ut dolus malus absit, promittit. *l. inter stipulantem 83. h. t.* † Curare autem, nõ est 326
factum dividuum, sed individuum. *arg. l. in illa 50. h. t.* Quo fit, ut hoc argumentũ Donelli aptè retorqueatur, hunc in modum: Heredes, qui non curaverunt id fieri, vel non fieri, quod defunctus promisit, ex unius facto in solidum tenentur, eoque nomine cum peccante contra stipulationis legẽ familiæ herciscũdæ judicio experiuntur. At tradentes rem venditam hereditariam, quam unus eorum pignori, pro sua licet parte, sed indivisa, dolo malo obligavit, contra stipulationis legẽ hoc non curaverunt fieri, vel non fieri, quod defunctus promiserat. Tenentur igitur singuli propter hanc ab uno cõstitutam hypothecã in solidum, agentq; eo nomine familiæ herciscũdæ cum illo obligante: & per consequens stipulatio, *dolum malum abesse, abfuturumq;* est individua: *juxta l. 2. l. 3. h. tit. d. l. inter. §. quod ex facto. ff. famil. herciscund.* Secundum argumẽtum à verbis: *ne non idem hic fit:* ut & tertium à particula, *hic*, demonstrativa, necessariò non concludit. Illud enim nihil aliud ponit, quàm ac si dicéres: JCtus *in dict. vers. sed videamus.* non dubitanter, sed assertivè loquitur: non comparativè, vel relativè, sed corrigendo. Ex quo sanè non illud consequitur: Ergo corrigit illa, quæ ab initio sunt pro-

posita. Ergo principium *d.l. 4.* non est assertivè, sed per interrogationis notam legendum. Hoc verò posterius partim conjecturâ interpretationis nititur, & pro concesso præsupponit, quod est in quæstione (an enim non possint plures, eæque legitimæ interpretandi rationes *ad dict. l. 4.* adhiberi, non est expeditum) partim insufficienti membrorum enu-
327 meratione laborat.† Sunt quamplurimi alii, præsertim Anton. Fab. *d. lib. 3. conjectur. cap. 7.* qui hanc Taurelli, Duareni & Donelli interpretationem ut omnium pessimam carpūt: quod etsi fortasse non ineptè, tamen nec mihi adhuc illa Anton. Fabri interpretatio satisfacit. Is existimat, differentiam esse *inter illam stipulationem, per te heredemque tuum non fieri?* & inter hanc: *per te non fieri?* ac multum referre, an quis in stipulatione heredem exprimat, nécne: ut si disertè expresserit, tum omnes unius promissoris heredes propter unius in stipulationem peccantis peccatum teneantur, & verum sit, quod *in dict. leg. 2. §. fin. & d.l. 3. h. tit.* traditur: si verò simpliciter promiserit, non fieri, nec verbis stipulationis heredis persona contineatur, solus ille teneatur, qui in stipulationem peccavit: non etiam cæteri: & illud esse, quod Paulus *in dict. vers. sed videamus.* admonet, & Catonis sententiam corrigit. Siquidem Cato generaliter docebat, & rectè; facta individua non posse ab uno heredum pro parte committi, sed in solidum: contrà si sint dividua. Utrumque hujus regulæ membrum exemplo illustrabat: Primum exemplo, *iter fieri?* posterius, *amplius non agi?* & illi exemplo, *iter fieri?* parem faciebat stipulationem, *neque per te, neque per heredem tuum non fieri, quo minùs ire agere liceat?* atque ita Cato nō distinguebat; an verbis expressa esset heredis persona, nécne,

nè ne, in eo deceptus, quòd utraque stipulatio esset individua. Hoc autem reprehẽdere in Catone Paulum *in d. vers. sed videamus.* asserit Antonius Faber *vers. sed hanc Catonis similitudinem, &c. d. cap. 7. lib. 2. conjectur.* & illud Paulum velle, hanc stipulationem, *per te non fieri?* item, *per te iter fieri?* similem esse, *amplius non agi? & rem ratam haberi?* & ita solum teneri heredem, qui contra stipulationem fecit. † Hæc expositio mihi 328
ideo displicet, quòd nullo juris textu, nullaque ratione probatur. Deinde ab ingenio JCtorum talis doctrina est aliena: cùm omnis stipulatio & promissio, nisi merum ac nudum factum promittentis cõtineat, quòd in nullam aliam personam cadere possit (quia nullam habeat causam bonorum, *juxta L. in omnibus. ff. de reg. jur.* ut ita cum persona extinguatur) ad heredes & in heredes transeat, nec conditio talis obligationis ex persona heredum mutetur, vel alteretur. *l. 2. h. tit. l. veteris. l. ult. Cod. eod. cum similibus.* Itaque, si factum hæc stipulatio, *iter fieri?* continet individuum, quo ad ipsum promissorem, etiam quo ad heredes contineat, consequens est: sive simpliciter concepta sit, *non fieri? iter fieri?* sive hoc modo; *neque per te, neque per heredem tuum fieri? per l. stipulatio ista 38. h. tit.* Tertiò si ea vis esset verborum, ut expressio heredis, omnes in solidum obligaret propter unius factum: contrà verò ille solus esset exigendus, qui cõtra stipulationem fecisset, si heredis mentio in stipulatione facta non esset; profectò eandem vim habere deberet in omni alia facti stipulatione. Nam ubicunque eadem ratio, ibi idem jus: *l. illud. ad L. Aquil. l. à Titio 108. h. tit. l. ult. Cod. de constitu. pecun. c. 1. de allod. in usib. feud.* sed hoc posterius sponte sua falsum fatetur Anton. Fab. in illa stipulatione, *rem ratam haberi?* &

in illa, *Capuam ire? fossam fodere? judicio stisti? insulam fabricari? fundum tradi?* idq; convincitur *per d.l. stipulatio-*
329 *nes non 72.* † Quartò, si hæc sententia ejus vera esset, non in re, sed verbis stipulationis positum esset; utrum factum esset individuum, vel dividuum: quod similiter est ἀδιάφορον. Non enim verbis, sed rebus
330 lex posita dicitur. *l. 2. in fi. C. comm. lega.* † Quintò, tùm demum necesse judicat JCti, ut heredis fiat expressa mentio in stipulatione, quoties talis res in ea versatur, quæ aut nullo modo, aut non eodem modo citra hanc specialem cautionem esset ad vel in heredem transitura; ut si usus vel ususfructus in stipulationem deducatur. *d.l. stipulatio ista 38. §. si quis ita stipulatus fuerit. h.ti. l. ambiguitatem. l. antiquitas 14. Cod. de usufruct. §. non autem. vers. aliquando. ubi Wesenbec. Instit. de perpe. & tempor. actio. l. privilegia 196. dict. l. in omnibus 68. de reg. jur.* Atqui si *dolum promissoris & heredis ejus, malum abfuturum?* vel *iter fieri?* stipulari velimus, sufficit ita concipere; *abesse, abfuturumque esse? non fieri?* nec opus est, ut suæ personæ promissor adjiciat personam heredis: tametsi id possit. *dict. l. stipulatio ista 38. §. si quis dolum. §. seq. l. continuus. §. penult. h.tit.* Non igitur hæ stipulationes ex genere earum sunt, ut nisi personæ heredum sint expressæ, non perinde ad vel in heredes eorum transeant, quo fuissent in persona pro-
331 missoris, vel stipulatoris. † Sextò, verba *d.l. 4. §. Cato. vers. per te.* repugnant, cùm nec in ea heredis mentionem faciat Cato. Deniq; refutatur *per d.l. 4. in fi. h.t.*
332 ut & infr. † Quid igitur? Existimo cum Cuja. *ad dict. l. 4. h.t.* à communi sententia, quæ hanc stipulationē, *dolum malum abesse, abfuturumq;* individuum pronunciat, non esse recedendum, eamq; sententiam solidè confirmari per initium *d.l. 4. h.t.* eaq; verba principii

neq;

neq; corrigi *in vers. sed videamus*: neq; etiam per modum interrogationis legenda. Sic ergo statuo: Tria sunt capita *d. l. 4. h. t.* In initio Paulus diserte affirmat, eadem esse dicenda de hac stipulatione, *dolum abesse, absturumque à te, heredeque tuo?* quæ de illa, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minùs ire agere liceat?* Secundum caput sequitur *in §. Cato.* ubi & ratio præcedentium decisionum & regula autoritate Catonis confirmata ex præcedentibus exemplis colligitur.

† Regula hæc est: *quoties pœna certæ pecuniæ promissa est, si quid aliter factum sit; mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contrà quàm cautum sit, fecerit; aut ab omnibus heredibus pœna committi debet, pro portione hereditaria; aut ab uno pro portione sua.* Addit declarationē: *Ab omnibus*, inquit, *si id factum, de quo cautum est, sit individuum: ab eo solùm, qui adversus ea fecerit, pro parte sua; si factum sit dividuum.* Quid est, dixerit aliquis, factum dividuum? quid individuum, mi Paule? Exemplo duplici ad hanc quæstionem respondet: *individuum, veluti iter fieri?* At cur est individuum? *quia in partes secari non potest:* cùm nemo pro parte ire & non ire possit. *l. via 17. de servitu. Dividuum est: amplius non agi?* Ratio differentiæ proponitur in *vers. quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur: quod dividi potest contrà.* Hanc differentiæ rationem ad utrumque exemplum propositum Cato applicat *in vers. differentiæ hanc esse rationem*; ita, ut prioris exempli, *iter fieri?* rationem disertis verbis tractet *in vers. quod in priore casu*; posterioris paulò obscurius *in vers. sed videamus:* quippe exemplo potiùs, nempe illius stipulationis, *Titium heredemque ejus ratum habiturum?* demōstrat, quàm apertis verbis, cur in solidum illa stipulatio per unum non committatur, *amplius non peti?* 333

ut sensus sit: Ideo priore casu, hoc est, si stipulatus sim *iter fieri?* omnes commisisse videntur, *quòd* (h. e. quia) *nisi in solidum peccari non poterat illam stipulationem* (h.e. in illam vel secundùm illam stipulationem. Est enim ellipsis, sicuti in illa, *os humerosque Deo similis*, 1. Æneid. *tremit artus*, 3. Georgic.) *per te non fieri, quo minùs mihi ire agere liceat? Sed videamus, ne non idem hic* (hoc est, in hoc posteriore casu, ampliùs non agi?) *sit, sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum?* hoc est, posteriore verò casu, ideo heres, qui adversus ea fecit, proportione sua solùm pœnam commisisse dicetur, quia non est individua, sicuti ista, *iter fieri?* sed dividua, veluti hæc, *Titium, heredemque ejus ratum habiturum?* ex qua stipulatione ille solus tenebitur, qui ratum non habet; & solus aget, à quo fuerit petitum. Simplex quidem verborum ordo postulasset, Catonem sic loqui, differentiæ hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, cùm in illam stipulationem *iter fieri?* (nam quod exemplum his paucis verbis, *iter fieri? in vers. veluti proposuerat*, nunc pluribus & tantùm mutatis verbis repetit, *per te non fieri, quo minùs mihi ire agere* &c.) nisi in solidum, vel ab uno peccari non potuerit: in posteriore verò non omnes commisisse censentur, cùm in eam pro parte peccari potuerit. Sed ornatus causa, & ut sermo non modò sit gravior, verùm etiam suavior, atque argumento ab exemplo magis premat; pro illis verbis, *posteriore casu ideo idem non est; quia*, &c. maluit Cato oratorem agens hunc in modum disserere: *sed videamus, ne non idem hic.* hoc est, cur idem non sit in hoc posteriorè casu, sed potiùs idem, quod in illo exemplo; *Titium heredemque ejus ratum*, &c. Tertium caput hujus re-

sponsi,

sponsi sequitur *in §. si is qui duplam.* de quo postea.

† Hac declaratione considerata, apparebit hiulcam 334
non esse orationem Catonis sive Pauli ex Catone ita
disserentis: nihil obscuri continere; nihil quod à
proposita dividui & individui disputatione defle-
ctat, nihil amplius ejus, quod Donel. objiciebat, ob-
stare: nihil ejus, quod Ant. Fab. conjiciebat. Stat sua
vis particulæ demonstrativæ, *hic*, quæ ad proximum
sermonis membrũ refertur: stat ratio, quòd illa ver-
ba, *sed videamus ne non idem hic sit, sed magis*, &c. non sint
dubitantis, sed aliquid affirmantis, quòd decîdant
aliquid, & diversum separatumque contineant, à
proximè præcedenti exemplo, sermonisque mem-
bro; quòd vim correctionis, h. e. oppositi & discreti
contineat: junctus enim hic ℣ſ. *sed videamus.* cum ℣ſ.
quod in priore. oppositi & distinctionis vim habebit.
Nec etiam exemplo hoc sermonis genus in Pande-
ctis ratum est: ut argu. nobis occurrit locus *in l. bonæ-
fidei 48. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. nec ullam 13. §. item si quis
dolo. l. utiles. ff. de petitio. hered. l. 4. §. 1. ff. si servi. vindic.* Se-
quitur ergo pars tertia *d. l. 4. h. t. in §. si is qui duplã.* Ubi
Paulus redit ad priorem disputationem *in l. 2. §. fin. &
l. 4. in princ.* motam, quæ & *in d. l. 3.* confirmabatur, &
pluribus exemplis ostendit, in factis individuis ita
obtinere, ut stipulatoris heredes pro parte tantùm
agant, non quidem ipso jure, sed utilitatis gratiâ.
Nam si summo jure uti vellent, omnes & singuli ex-
perirentur in solidum, propter unius ex heredibus
promissoris factum. Utilitatis, hoc est, æquitatis gra-
tiâ autem non agunt, qui prohibiti non sunt, quia
æquitatis intuitu exceptione doli mali repelluntur,
ut d. l. 2. §. fin. dixerat Paulus. Ex parte verò promisso-
ris, uno committente, omnes in solidum tenentur

illi stipulatoris heredi, qui passus est aliquid contra stipulationis placitum: quia quod factum dividi in partes non potest, ab omnibus quodammodo factū videtur. Hoc, inquā, in parte tertia *d.l.4.* docet Paulus, idque exemplis quatuor declarat. † Primum, est stipulatio duplæ de evictione. *l.2.l.emptori.ff.de evictio.* Hac stipulatione venditor hoc suscipit, ut emptorē judicio defendat, ne res evincatur. *l. in executione. §. in solidum. l.cùm ex causa 139.h.tit.* Pro parte autem defendi nemo potest. *l.cùm ex causa 139.hoc titul.* imò res defensa non videtur boni viri arbitratu, quæ non in solidum defensa sit, *l.ex clausula 17.ff.judicat.solv.* Est igitur factum individuum, & illud circa eam stipulationem observandum, quod modò dictum est: cui
336 *d. l. cùm ex causa 139.* consentit. † Secundum exemplum, est cautio fructuaria, qua fructuarius, dum ususfructus sibi in re constituitur, promittit, se ea re usurum-fruiturum boni viri arbitratu, & finito usufructu restituturum se, quod inde extabit. *l.1.ff.usufr. quemadm. caveat.* Quamprimùm itaque aliqua parte cessat boni viri arbitratu utifrui, sed re abutitur, eāq; corrumpit, in solidum cōmissa erit stipulatio: quippe non potest videri pro parte secutus boni viri arbitratum, pro parte non, cùm dici solidè non possit arbitratu boni viri in ea re versatum esse. Sic si finito usufructu integram rem nō restituat, sed partem; adhuc committetur in solidum stipulatio. Nam cùm hæc restitutio nudum sit factum, nec causam dominii vel bonorum habeat, manifestum est, hanc pro parte fieri posse non magis, quàm pro parte Capuam iri, vel fossam fodi. *per l. si plures 14. l. si duo 22. ff.*
337 *depos. dict. leg. stipulationes non 72.h.tit.* † Tertium exemplum est in stipulatione damni infecti, qua dominus

nus ruinosarum ædiũ promittit vicino, se, quod damni contigerit loci, ædium, aut operis vitio, id præstaturum vicino. *l. fluminum. §. adjicitur. §. quanquam. §. item videamus. ff. de damno infecto.* † Quartum est in 338
stipulatione, ex operis novi nunciatione, qua is, cui opus novum nunciatum est, promittit se, quod ædificaverit, restituturum, hoc est, demoliturũ, si postea judicatum erit, non jure ædificasse. *l. stipulatio. ff. de oper. novi nunciat.* Utraque stipulatio est individua, quia factum individuum continet; cùm idem per ruinam delapsum non possit videri pro parte non delapsum: nec opus ædificatum pro parte restitui, hoc est, demoliri queat, cùm nec pro parte ædificetur. *l. 2. ff. de prætor. stipulation. l. stipulationes non dividuntur. h. tit.* † Nec objiciat aliquis, *restituere*, factum esse 339
dividuum, veluti *in l. in conductione 9. ff. de condict. furti. l. quod diximus. §. final. & ll. seqq. ff. quod metus caus. l. si plures 17. §. 1. ff. de dol. mal. l. qui restituere. de rei vindicat.* Sic hereditatem pro parte restitui posse, ut de reliquo agatur, etiam minimo. *l. 3. l. 4. l. licet 10. ff. de petit. hered. l. 1. §. 1. ff. si pars hered. pet.* Sed hîc repetẽdum est, quod supr. monuimus; facta quædam esse ambigua, h. e. quæ pro subjecta modò sunt dividua, modò individua: dividua, quoties causam bonorum continent & ex hypothesi: secus si nudum ac merum factum sint, *argum. l. in conventionalibus. §. fin. l. si rem. ubi Cujac. h. tit. §. præterea. Inst. de actio. l. cùm fundus. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Ex horum numero etiã est restitutio. Interdum significat nudam retraditionem, & præter hoc factũ corporale nihil juris sustinet, ut accidit in deposito. *d. l. si duo. d. l. si plures. ff. depos.* in restituẽdo novo opere: quippe nihil præter factum demolitionis continet: itẽ in cautione fructuaria, cùm nihil juris extincto

usufructu amplius sit apud fructuarium, præter nudum detentionis factum; cùm nō suo sed alieno nomine in possessione sit, *§. fructuarius. Inst. per quas perso. nob. acqui. l. neque 8. C. de usufruct. l. rectè 25. cum ibi nota. de verbor. signif.* Non etiam obstat huic, quod *in dict. l. 2. §. incertam.* responsum est: ubi primò hæc stipulatio *damni infecti* conjungitur cum stipulatione *rem ratam haberi?* ac si ejusdē generis & conditionis essent: constat autem *rem ratam haberi?* dividuam esse: Deinde dicitur, *summa ratione receptum esse ut stipulatoris heredes ex commissa stipulatione individua non agant, nisi pro parte*
340 *sua, qua ipsi singuli sint impediti.* † Summa autem ratio secundùm Anton. Fabr. *lib. 3. conjectur. cap. 8.* nihil significet aliud, quàm summum & strictum jus: contrà verò, modò *ex dict. l. 4. §. fin. h. tit.* diximus, in heredibus stipulatoris hoc utilitatis & æquitatis causa receptum esse propter bonam fidem. Antonius quidem Faber *in d. l. 4. §. fin.* hęc verba: *hæc utilitatis causa ex parte stipulatorū recepta sunt.* conjecturando statuit esse supposititia, & irrepsisse ex imperiti alicujus glossographi opinione: Etenim ut individua stipulatio dividatur inter stipulatoris heredes, summa juris ratione: h. e. ipso jure & stricto jure receptum sit: ut verò inter promissoris heredes dividatur (tum scil. quando heredis persona verbis stipulationis non est expressa, sicut *in cap. 7. d. lib. 3. conjectu.* conjiciebat.) utili-
341 tatis causa, *ut in l. 4. §. Cato. h. t.* Hęc ille. † Sed neutrum argumentum obstat. Nam, quòd *damni infecti* parem facit JCtus eo loci stipulationi *rem ratam haberi?* non absolutè facit, sed, quatenus utilitatis causa ex parte stipulatoris receptum est, ut æquè non in solidum nec omnes propter unum impeditum coheredem, pro parte sua agant, sed solum modò is, qui impedi-

tus

tus est, vel damnum passus: in cæteris ex parte promissoris differentiam esse ostendit: quia ex persona heredum promissoris, non posse descendẽtem à defuncto stipulationem, diversam conditionem cujusq; facere. † Deinde non est per omnia verum, illa 342
verba, *summa ratione*, nihil aliud significare, quàm summum & strictum jus: imò verò idem, quod summa æquitas, quod optima ratio, quod æquissimum est, significat. † Sic summa providentia pro æquissi- 343
ma & naturali providentia ponitur *in l. 1. ff. de legitim. tutorib.* Sic Papinian. *in l. sunt personæ 43. ff. de religios. & sumpt. funer.* Summam (hoc est, æquissimam & stricto juri oppositam & optimam) esse rationem: quæ pro religione facit; dixit: utpote propter quam ut plurimum à summo jure receditur, ut ibi exemplo probat Papinianus. Ex quo liquet, Papinianũ eo loci *summam rationem* opponere summo & stricto juri; ut ita summum jus, & summa ratio, non possint unum & idem, sed contraria significare. Sed & aliter *in d. l. 2. §. incertum.* accipi hæc verba non posse, ex contextu patet. Nam cùm Paulus dixisset, *scindi stipulationes inter heredes stipulatoris, etiamsi sint individuæ*; per communicationem sibi objecit illam regulam: *ex persona heredum, & quidem promissoris non posse mutari conditionem obligationis:* huic respondet objectioni per concessionem stricti juris, ita ut tamen ostẽdat diversum æquitate receptum esse in heredibus stipulatoris, propter bonam fidem. † Quæ cùm ita sint, meritò non 344
sequimur hanc Antonii Fabri cõjecturam & interpretationem *d. l. 4.* corrumpẽtis, & sine omnium exemplariũ fide affirmantis, illa verba; *hæc utilitatis causa ex parte* &c. spuria esse, & ex indocto glossatore irrepsisse. † Individua facta etiam *in leg. stipulationes* 345

non dividuntur 72.h.t. hæc perhibentur; *fundum tradi? in-*
346 *sulam fabricari? operas præstari?* &c. † De stipulatione, *fundum tradi?* hoc etiam admonendi sumus, eam interdum causam bonorum habere; interdum nō habere. Si causam bonorum habeat; *tradere*, est factum dividuum, *juxta d.l.in conventionalibus 52. §.1.h.t.l.si rem tradi.ubi Cujac.h.tit.d.§.præterea.Institut.de action.d.l.eum fundus. ff.de reb.cred.si cert.Novella 74.* & sæpè idem est, quod *dare*: veluti accidit, si ex empti causa à te rem emptam tradi stipulatus sim: hoc sensu ut me dominum facias. Nam perinde est ac si dari stipulatus essem, cùm tradendo me dominum facere debeas: aliâs verò sufficiat vacuam possessionē tradi, & usucapiendi conditionem præstari *l.2.§.1.l.3.in prin.& §.1.l.ex empt.11.l.servus 30.§.fi.ff.de act.emp.* Contrà, si nihil præter nudum tradendi factum contineat: quia, ut procuratori meo perferres ac traderes, dedi: nō potest factum censeri, nisi individuum, & ita intelligi-
347 tur *d.l.stipulationes non 72.h.t.* † De operis suprà monuimus, eas, modò ut factum, modò ut æs alienum, in stipulationem venire: & quamvis plures operæ, ut res, sunt dividuæ. *l.in stipulat. §.1. h.tit.* tamen singulæ sunt individuæ.

348 I. OBSERVATIO. † *Ex his tandem differentia inter stipulationem rei & facti individuam observanda est: quòd rem individuam promittentes eorúmque heredes non solùm in eam rem in solidū tenentur, sed etiam nisi rem præstent omnes in solidam ejus æstimationem: Facto autem individuo promisso, singuli quidem promissores, vel promissoris heredes stipulationi parēre debent; sed si unus cōtrà fecerit, ut jam facti æstimatio sit præstanda, hæc non solida à singulis, sed pro portione solummodo hæreditaria. l.2.§.1.2.ult.l.3.l.4.§.fin.l.5.§.ult.ubi*
349 *Donellus & alii.l.stipulationes nō 72.vers.Celsus.h.t.* † Nam

in

in rebus promissis nihil promittitur, nisi res, quæ in stipulationem deducitur: cùm autẽ factum promittitur, vi ipsa id, quod interest aut pœna pecuniaria promissa censetur ea conditione, si id, quod promissum est, non fiat. Ejusmodi autem pecunia naturâ suâ dividua est. *l. stipulationes non 72. vers. Celsus. h. titul.* † Æstimatio autem in rei stipulatione, neq; naturâ 350
neq; interpretatione pronunciationis inest, sed officio judicis proficiscitur *juxta l. vinum. ff. de reb. credit. l. 14. ubi dixi. ff. de verb. sign.* Ideoque ut res ipsa individua, puta iter, à singulis in solidum debetur, sic & æstimatio judicis officio.

XXIII. CONCLUSIO.

OMni † deniq; stipulationi, sive in dando consistat, sive in faciendo; non minus, quàm cuilibet alii honestæ & possibili obligationi, tam civili quàm naturali, & honorariæ, fidejussor accedere 351
potest, ut eam fide sua esse jubeat ac promittat.

l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 6. l. 8. §. præterea. §. seq. l. fidejussor 16. §. fidejussor. l. plures 18. §. ult. ff. de fidejuss. §. in omnib. autem. Inst. eod. Hippoly. de Marsil. de fidejuss. n. 155. & in pract. crim. §. attingam. nu. 1. & seqq. Anto. Gomez. to. 2. c. 10. nu. 23. vers. & ex prædict. var. resol. c. 9. & d. to. 2. c. 13. nu. 1. 2. Nec interest, an stipulatio ejusmodi sit dividua vel individua, certi vel incerti, prima, vel secundaria, sive accessoria: nam & fidejussor fidejussoris accipi potest. *l. Græcè 8. §. fin. l. si plures 27. §. 1. §. ult. ff. de fidejuss.* † Neque solùm 352
jam contractæ, sed & contrahendæ obligationis fidejussor existere potest, ut is ex promissione sua obligatus sit, quando principalis conventio initium obligationis capit. *§. fidejussor non tantùm. in fin. Instit.*

de fidejuß. l. fidejussor 57. ff. eod. Hac enim conditione fi-
353 dejussisse videtur. † Non interest etiam, an quis pro sciente vel ignorante, volente aut invito fidejubeat. *L. fidejubere 30. ff. de fidejusso.* Etsi quo ad mandati & negotiorum gestorum actionem multum referat, an pro volente vel invito, an pro sciente vel ignorante quis fidem suam interponat, *l. ex mandato 20. §. 1. l. si pro te 40. l. qui fidem 53. ff. mand. l. fin. Cod. de nego. gest.* quo ad vim tamen stipulationis, & eam obligationem, qua fidejubens stipulatori obligatur, nihil interest, *dict. l. fidejubere 30. ff. de fidejuß.* Unde nec attenditur, an is, pro quo quis intercedit, possit ex mandati, vel negotii, aut stipulationis causa ei vicissim obligari nec ne: modò is principalis aliqua efficaci obligatione, vel naturaliter saltem teneatur. *l. Marcellus. de fidejusso. l. etsi is 9. C. de præd. mino. l. 1. l. 2. Cod. de fidejuß. minor. ubi Duaren. l. 7. ff. de exceptio. l. 13. §. 1. ff. de mi-*
354 *nor.* † At si obligatio neque naturali neque civili jure efficax sit, ad agendum aut restituendum in integrum, vel ad impediendum indebiti condictionem, ut si turpis sit vel inhonesta, aut impossibilis rei vel facti, fidejussor non obligatur. *l. cùm lex 46. ff. de fidejusso. l. non dubium. Cod. de legib.* Cujus enim rei nullum est principium, nullum etiam consequens est: & quod principale existere nequit, accessorium non
355 accipiet. *l. cùm principalis. ff. de regul. juris.* † Sic si alienum factum promittatur à fidejussore, non obliga-
356 tur. *l. sicut 65. h. t. ut in concluſ. 16. dictum est.* † Quod si factum promisit propriũ reus principalis; rectè hujus facti nomine fidejussor intercedit, ut si quis insulam fabricare promiserit, vel fossam fodere. *l. inter artifices. ff. de solut. l. cùm filiusfam. 49. §. 1. h. tit.* Etsi quidem fidejussor faciendo opus non liberatur, si electa fuerit

fuerit personę industria. *d. l. inter artifices.* rectè tamen fidejussit: ideoque de eo, quod interest, factum opus non esse à promissoribus, aut in quantitatem pœnæ, si qua convenerit, cõvenietur. *d. l. inter artifices.*

† Sic si quis custos arcis cum milite constituitur vel exercitum intra terminos Imperii Germanico-Romani colligit, jure cogitur, ut datis fidejussoribus caveat de restituenda arce, de rectè custodienda, de damno, de usu & fine coacti militis, & ne contra patriam ducatur: *Hippoly. de Marsil. ad Rubric. de fidejus. nu. 182.* de qua re etiam Recessus Imperii extant; anno 1559. §. item fall. & Spiræ anno 1570. publicati. Nec huic contrariũ esse, quod *in l. si quis pro eo 56. ff. de fideju.* responsum est, suprà quoque vidimus, cùm non absolutè negetur fidejussorem pro operarum promissione intervenientem non obligari, sed tum, quando ab ingenuo sunt promissæ per errorem ei, quem falsò patronum suum putabat, cujus esset libertus. Nemo enim ingenuus ad tales operas officiales obligatus esse potest. † Sic si quis fidejussorem judicio sisti, vel judicatum solvi dederit, & pòst apparuerit, judicium illud nullum esse, aut quòd judex ex falso rescripto aditus, *l. privatorum. C. de jurisd. omn. jud. l. 2. l. penultim. ff. de judic.* vel supra jurisdictionem suam judicaverit, *l. ultim. ff. de jurisdict. omn. jud. tit. Cod. si à non compe. jud. l. 2. ff. de judic.* aut falsus procurator sit, qui in judicium vocaverat, *l licet 24. C. de procura ubi Jason & Sichard.* nihil contractum dicetur, nec fidejussor ille exigetur. *l. 2. §. 1 ubi gloss. & Dd. ff. qui satisdar. cogun.* † Et ut Castrens. ac Jason. ibid. agunt, ubi non tenet judicium, ibi nec satisdatio judicialis, adeò ut ipse fidejussor hanc nullitatem allegare, & se & principalem defendere hoc modo possit: quod Jason notandum,

357 358 359

putat propter *l. sancimus. Cod. de fidejuss. l. à sententia. §. ff. de appella. Hippoly. de Marsilijs ad Rubric. de fidejussor. nume. 350. 351. 352. & seq.*

360 I. DECLARATIO. † *Caterùm fidejussorem dotis conservandæ causa à marito accipere mulieri nõ permittitur, adeò ut acceptus, tanquam contra legum decreta intercedens, non censeatur obligari. l. 1. l. 2. ubi Bart. Bald. Salyc. C. ne fidejusso. doti dentur. Bartol ad leg. 1. l. cùm lex. ff. de fidejussor. in l. si constante. §. quotiens. ff. soluto matrimon. Jas. in repetit. d. l. si constante. num. 5. & seqq. Cujac. ad African. tractat. 4. ad l. si vir uxori 17. §. si mulier dixisset. ff. ad SC. Vellejan. & in paratit. C. ne fidejussor. dotium den. per leg. 1. Cod. Theodos. eod.*

361 *Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsump. 190. nume. 43.* † Conservandæ dotis causa, ajo: nam restituendæ accipi potest tunc, quando matrimonium est solutum. *Bal. in dict. leg. 1. & 2. C. ne fidejusso. doti. den. leg. 1. quod autem. §. si uxor. ff. de donat. inter vir. per leg. exceptiones 7. versic. mariti. ff. de exceptio. l. unic. §. cùm autem. in versic. cautione videlicet. C. de rei uxo. actio.*

362 † Conservanda quippe dos est propriè constante matrimonio; restituenda, eo soluto. *dict. leg. unic. per tot. l. prõ onerib. l. in reb. l. ultim. C. de jur. dot. l. quotiens. suprà eod. titul. Dig. & C. solut. matrimon.*

363 † Ratio prohibitionis illius est, quòd dos potissimùm matrimonii causa datur pro onerib. ejus, tanquam accessio quædam. *d. l. pro onerib.* Sicut ergo pro hoc principali, nempe pro ipso conservando matrimonio & maritali obsequio & amore præstando fidejussor intercedere non debet: tum quodammodo turpe est: tum quòd in cõtrahendo matrimonio propria ipsorum contrahentium fides, eaq; sola versatur, nec ejus, quod interest, ullam æstimationem recipit: ita quoq; iniquũ est, ut ejus accessorio fidejussor ejus conservandi causa accedat: cùm in eo par

sit

sit fides, nec tantum momenti, quantũ in ipso prin-
cipali: *Bald. & plerq; Dd. in l. etiamsi 8. C. de jur. doti.* † Et 364
de appendicibus plerunq; idem est judicium, quod
de principali: quippe accessorium naturam sui prin-
cipalis imitatur. *c. accessorium. de reg. jur. 6.* † Deinde si 365
uxor à marito exigeret fidejussorem, cúmve dotis
conservandæ causa acciperet, videret fidei ejus diffi-
dere; quæ se suamq; vitam ei committit. *d. l. 2. C. ne fi-
dejuss. dotiũ dent. l. hac lege. C. de pact. conven. tam super. dot.* Imò plus fidei extraneo illi fidejubenti, quàm mari-
to tribueret. Unde jurgium, rixæ, pravæ suspiciones
& id genus alia, quæ inflante plebis malignę aura fa-
cilè in grave incendium erumperent. Absurdũ quo-
que esset & turpe, plus alienæ tribuere fidei & amici-
tiæ, quàm proprii mariti, cum quo omnis vitæ con-
sortium, divini humaniq; juris communicationem,
ac supremum longeq; arctissimum amicitiæ vincu-
lum copulasset *juxta l. 1. ff. de ritu nuptia. l. si cùm dot. 22.
§. si maritus. versic. quid enim tam. ff. solut. matrim.* † Hæc 366
quidem Duaren. *in method. tract. de jur. dot. cap. 4.* vera
permittit, quo ad id, ut maritus fidejussorem dotis
dare ab uxore non cogatur, constante matrimo-
nio: sed si ultrò det, ut mulier sponte admittat, ma-
ximè quando ad inopiã vergit, secus esse putat. Mo-
vetur primò hac ratione, quòd Rub. C. *ne fidejuss. dot.
den. & l. 1. C. eod.* necessariò non inferunt prohibitio-
nem. Est enim Rubrica illa ambigua & çquivoca: cũ
etiam ita exponi possit: *Ne fidejussores dotium dentur.* h.
e. ut non ab invito & invitis fidejussores & manda-
tores dotium nomine dentur: Sic Rub. C. *Ne filius pro
patre*; absolutè prohibitoria non est, ac si dicas, ut
non invitus filius pro patre teneatur: Idem de Rub.
C. *ne uxor pro marito.* dicendum videt: Idem de Rub. C.

ne tutor vel curator vectigalia conducat: potest nihilominus, si à principe veniam impetraverit, *l. divus. §. planè. ff. ad l. Corn. de falsi.* vel omnib. sit solvendo. Sic Rubr. C. *ne comitibus rei militaris vel tribunis lavacra præstentur*: tantùm necessitatem præstandi remittit, & prohibet exigere; ultrò lavacra militib°, tribunis & comitibus prębere non est prohibitum; imò permittitur. Deinde idem argui credit *in l. 1. C. ne fidejuss. dot. den.* ubi Impp. tollunt consuetudinem & morem, cujus vi cogebantur mariti uxoribus dotis conservandæ & restituendæ nomine fidejussores constante matrimonio dare. Sic *in l. 2. C. eod.* tantum prohibetur mulier fidejussorem dotis causa à marito exigere eam ob causam, quòd se suumque corpus marito credit etiam sine fidejussore. Neque ratio illa, neque verba constitutionis possunt extendi ad voluntariam fidejussoris oblationem. Quod autem disertè non mutatur, cur stare prohibetur? *l. sancimus. C. de testam.*

367 † Cur à regula recedimus exceptione specialiter nõ probatâ? *argum. l. suus quoq; vers. puto vers. propter quæ. ff. de her. instit. l. quoties. ff. si quis cautio. judic. ibi Jas. l. ab ea parte. ff. de probat. Azo in Sum. C. eod. gloss. & Dd. in l. omnis definitio. ff. de reg. jur. Eberh. à Middelb. in loc. leg. 9. ab except. ad reg. Mynsi. consil. 14. num. 18. 19. 20. Zas. consil. 8. nume. 34. volum. 2.* Tertiò pignus pro dote à volente marito rectè volenti uxori dari, controversiâ caret. *l. quod autem. §. si uxor. ff. de don. int. vir. & uxor.* Atquin, quod juris est in pignore, meritò etiam obtinet in fidejussore: tum quòd ad eundem finem & scopum collineant, nempe ut uxor secura sit de dote sua. *§. fin. Institut. quib. mod re contrah. oblig. l. promissor. §. ulti. ff. de constit. pecunia:* tum uterque contractus est accessionis

368 vice. † Quartò vehementer pro Duar. facere creditur.

tur. *l. si constante 24. §. quotiens. ff. soluto. matrimon.* ubi disertè Ulpian. *Quotiens*, inquit, *mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui repræsentatur, &c.* Satisdare autem, est propriè fidejussoribus cavere. *l. 1. ff. qui satisda. coguntur.* Et quòd de marito Ulpianus loquatur, qui constante matrimonio ad inopiam vergit, patet ex responsi principio. Quintò urgetur *l. exceptio 7. ff. de exception.* Sextò *l. unic. §. cùm autem. C. de rei uxor. action.* Septimò pro hac Duareni sententia facit *c. per vestras literas. extra. de donation. int. vir. & uxor.* teste Jasone *in dict. l. si constante. num. 5. & 6. ff. solut. matrimon.* ubi Pontifex *modicum quidem dotis posse credi marito asserit, cui creditum est corpus: quod si ad inopiam manifestò vergat maritus, dotem ei neque permitti neque assignari debere, sed sequestro poni apud mercatorem aliquem divitem, ut ex reditu sustineat matrimonii onera, nisi cautionem de ea conservanda præstare malit.* Postremò quoties maritus ad inopiam constante matrimonio vergit, dos in ea causa est, ut perinde ac si solutum esset matrimonium, repetatur, *dict. l. si constante 24. ubi Dd. omnes. ff. solut. matrim. l. ubi adhuc. l. in rebus. C. de jure dotium. dict. cap. per vestras literas:* cùm publicè interest, ut mulieres dotes suas habeant salvas. *l. 1. ff. solut. matrimon. l. 1. l. 2. ff. de jur. dot.* Quod ergo juris est in accipiendo fidejussore, soluto matrimonio, meritò etiam locum sortiri debet, eo constante; si maritus incipiat bonis labi, & non solvendo fieri: ut ubi eadem ratio sit & idem jus. *d. l. illud. ff. ad l. Aquil. d. c. 1. de allod.* Et in hanc sententiam, olim quoque inclinabant Jacob. Raven. & Cyn. & post hos etiam Bald. Novell. *de dot. part. 6. privil. 21. num. 5.* † Contrà 369
verò Bald. Bartol. Jason. Salyc. Cujac. & cæteri com-

munem secuti constanter contendunt, hanc prohibitionem non solùm spectare maritum invitum, sed & volentem: neq; solùm prohiberi fidejussorem accipi constante matrimonio à marito volente idoneo, sed & adversâ fortunâ ad inopiam inclinante. Moventur Rubricę generalitate, eaq; prohibitoria. Deinde *l.1. & 2. C. eod.* gravitate. Tertiò earundem constitutionum & suprà adductarum rationum ꝑpetuitate. Nam eadem absurditas, eadem quási turpitudo, idem fidei & amoris conjugalis contemptus circa illa, quæ propriè ad causam matrimonii pertinent, certat. † Etsi itaque in aliis non prohibitis 370
causis & contractibus inter virum & uxorem celebratis, constante matrimonio, fidejussores intercedere possunt; cùm neq; causam neq; substantiam & fidem matrimonii spectent, nec ejus sint sequelæ, ut de iis possit idem esse judicium, quod de ipso matrimonio, pro quo conservando legitimeq; administrando nulli possunt accipi fidejussores: tamen in dotis conservandæ causa oportet fidejussoriam pro 371
marito obligationem planè quiescere. † Quartò, marito ad inopiam vergente, consultũ uxori in hoc est, ut ipsam dotem repetat: eoq; nomine habet & actionẽ & privilegium cùm tacitæ hypothecæ, tum prælationis. *d.l. si constante. ubi Dd. d. l. ubi adhuc. d. l. in rebus. C. de jure dotium.* Melius autem est rei incumbere, quàm personæ. *l. plus cautionis. ff. de reg. jur.* Quintò inclinante ad fortunã minus prosperam reo principali, potest fidejussor urgere eũ, ut se liberet à fidejussoria obligatione, maximè si ꝑ eo diu obligat⁹ fuit. *l. Lucius. ff. mand.* Quòd si ergo pro dote fidejussores dati essent, hi paululum bonis mariti labentibus statim instarent, & fortasse importunè, ut se liberet, vel ut si-

ut sibi de indemnitate idoneè caveat: Hinc jurgia, rixæ, lites inter cõjuges res pessima, *secundùm Gabriel. Mudæum de pact. l. commiss. n. 23. & 24.* † Deniq; condi- 372
tionem suam faciet meliorem, non deteriorem mulier accipiendo autem fidejussorem & incumbendo personæ, videtur rem suam deteriorem facere. Respõdet Duarenus, Rubricam *& l. 1. & l. 2. C. ne fidejuss. dot. den.* nihil facessere negotii, tũ quòd sint in quæstione; tũ quòd ambigua sit hæc interpretatio. † De- 373
inde non plus rubro potest videri prohibitum, quã nigro est expressum: non plus prohibere inscriptionem tituli, quàm disertè prohibent rescripta subjecta: & quod specialiter non prohibetur, regulariter censetur concessum. Tertiò respondet, negando: quippe negat in voluntario fidejussore eandem esse absurdi rationem. † Multa enim peti & exigi neque- 374
unt, quæ tamen sponte data rectè habentur, *l. cùm illud. §. 1. ff. quando dies legato. cede. l. naturaliter. l. eleganter. l. seq. l. repetition. ff. de condict. indeb.* Ad quartam rationem respondet; hoc nihil aliud concludere, quàm invitum non urgeri maritum, ut adpromissorem det. Quin autem huic pro se introducto favori spõterenunciet, nullibi esse inhibitũ: imò regulari jure concessum *juxta l. pen. Cod. de pact. l. pacisci. ff. eod.* ‡ Est 375
præterea utilius sæpè in fidejussorem agere, quàm pignori incumbere, *ut ad d. l. plus cautionis: & ad d. l. 1. ff. qui satisdar. cogun. annotari solet.* Quod de conditione per mulierem meliore reddenda, non deteriore eligenda, allatum est, verum permittitur in his, quæ ad SC. Vellejanum & intercessionem ipsius mulieris spectant; item quo ad l. Juliam, de non alienando prædio dotali: tamen cautionem hypothecariã marito remittere posse. *authen. sive ubi Dd. Cod. ad SC.*

Velleja. Et in summa, in his omnibus ita est, quæ sic specialiter à jure sunt disposita: secus in aliis, quia regulæ standum est, cuiq; licere juri suo renunciare. Deinde absolutè, inquit, verum non est, mulierem accipiendo fidejussorem pro conservanda dote cõditionem suam deteriorem facere: & si accuratè pẽsitaverimus, conditionem suam auxisse & meliorem, quàm antè, feciſſe: quia præter hypothecam & privilegium prælationis in bonis mariti consequitur etiam hanc ex stipulatione actionem adversus fidejussorem, ut nunc triplici beneficio & jure securitatis gaudeat, quæ paulò antè tantummodo duplici. Neque verò pignora vel hypothecæ ejusdem obligationis nomine priùs datæ liberantur, vel remittuntur; quia fidejussores de eadem re admittuntur; nisi hoc diserte agatur, ut fidejussores pignorum vice sint, & ita pacto solvantur. *l. 5. §. si convenerit. ibi gloß. l. 6. in fin. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvi.* Cõmodum hoc quoq; mulier sortitur, ut si primum conveniſſet maritum, eumque in id, quod facere posset, exegiſſet, nec integram dotem consecuta esset; nunc verò adversus fidejussorem agat in solidum, ut reliquum exprimat & extorqueat. † Non 376
enim fidejussor mariti hoc privilegio ex principalis sui persona utitur, ut excutiatur tantùm in id, quod facere potest. *l. etsi fidejussor 24. ff. de fidejuſſo.* Fateor sanè duo posteriora argumenta nihil pro cõmuni opinione facere, & rectè cùm à Duareno, tum ab aliis repudiari. At non video, quomodo primæ, secundæ & tertiæ rationi satisfactum sit: & ut hoc planum fiat, simul Duareni argumenta, quibus motus
377 est, ut à communi discederet, examinabimus. † Et quod primùm ad Rubric. C. *ne fidejuſſo. doti. den.* attinet,

net, nō video, quomodo illa verba possint esse equivoca, vel non prohibitoria, sed permissiva. Quid enim minus faciunt, quàm prohibent, ut planè fidejussores vel mandatores dotium non dentur? † Cō- 378
firmantur ejus generis aliæ Rubricæ, veluti, *Ne Christianum mancipium hæreticus, vel Judæus, vel paganus habeat vel possideat, vel circumcidat.* Hujus vis prohibitoria tanta est, ut nullum casum voluntarium permittat: imò puniat. *Lunic. C. ne Christia. mancip. hered.* Sic tit. *Cod. ne sanctum baptisma iteretur?* adeò hoc facinus vetat, ut nec inter consentientes impunitum velit. *l. 1. 2. 3. C. ne sanct. baptis. iter.* Sic Rubric. *ne de statu defuncto post quinquen.* Sic Rubric. C. *ne ex delicto defuncti heredes.* Sic tit. Cod. *ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare.* Sic Rubric. C. *ne liceat in una eademq; causa tertiò provocare.* item tit. Cod. *ne quis in sua causa judicet.* adeò vetant, ut inter invitos & consentientes non distinguatur. Quid igitur argumenti est, cur etiam hoc loco eandem vim non habeat hęc loquēdi formula? † Nihil est, quod de Rubr. *ne uxor pro* 379
marito, ne filius pro patre, ne comitibus rei milita. adfertur. Etenim adeò & illæ Rubricę vi verborum sunt prohibitoriæ, ut nisi casus illi specialiter essent excepti, prohibitioni huic generali etiam in istis omnibus esset standum. Deinde, quando sponte filius debitum patris vel uxor mariti solvit: adhuc illud manet, neque filium pro patre, neque uxorem pro marito, neque filium pro matre, conveniri posse. Quòd autem ultrò solvunt, non jure fit, sed facto, nec defenditur ex jure, sed donatione minimè prohibita. Neque in hac solutione, neq; in hac donatione, ulla est turpitudo, vel absurditas, aut fidei contempt°; uti in hoc nostro casu. Nihil igitur huc isti tituli. † Porrò 380

*d.l.1.C. ne fidejuſs. dot.den.*tam de voluntario, q̃ marito coacto diſſerit; *ut vir uxori fidejuſſorẽ exhibeat.* Hęc verba nõ ſolùm coactã, ſed & ſpontaneã mariti voluntatẽ deſignant. Sunt enim generalia. Deinde, *ſive ex jure*, inquiunt Gratianus, Valentinianus & Theodoſius Impp. *ſive ex conſuetudine lex* (hoc eſt, pactum conventum *l.1.C. de pact. conven. tam ſuper dot. l. legem 10. Cod. de pact.* Nam non fuit ea de re lex edita, nec ejus ullum alibi veſtigiũ vel in corpore juris, vel in quo alio antiquo ſcriptore, quot mihi eorum videre licuit, occurrit: nec denique conſuetudine lex fertur. *l. de quib. de legib. §. lex. §. ſine. Inſtit. de jur. nat. gen.*) *proficiſcitur ut vir uxori, &c.* Sanè Jureconſultorum temporibus pactum tale, ut fidejuſſorem maritus det conſtante matrimonio, ſi bonis labatur, vires habuiſſe, videtur colligi poſſe *ex d.l. ſi conſtante 24. §. 1. ff. ſolu. matrim.* Quod ſi eſt, utique hodie per hanc legem illud erit prohibitum, legem ſcil. dicere marito vel uxori h.e. pacto convenire, ut dotis conſervandæ cauſa fidejuſſor detur. Pactum autẽ eſt inter conſentientes. *l.1. ff. de pact.* Itaq; *per d.l.1.* non ſolùm prohibetur exigi, ſed ne quidem inter conſentientes maritũ atque
381 uxorem intercedere.† Deinde *in l.2. C. eod.* Juſtinian' hanc Impp. conſtitutionem generaliter ampliandã eſſe ducit, ut planè nulla ſit vel exiſtat ſatisdatio, vel mandatum pro dote vel à marito, vel à patre ejus, vel ab omnibus, qui dotem ſuſcipiunt. Hoc inquam, q̃ Impp. *in d.l.1.* conſtituerunt de marito tantùm, extẽdit Juſtinianus *in d. l. 2.* ad mariti patrem & ſimiles perſonas, dotem ſuſcipientes, quibus uxor parem, ut marito, reverentiam & honorem debet. Neq; per vocem, *exigendum*, Juſtinianus ſe coarctat ad ſolam coactam fidejuſſionem, & quæ neceſſitate quadam

exigi-

exigitur: sed etiam ad eam se extendit, quæ ex utriusq; pacto desideratur, & idem est, ac si dicat; pro dote exigendum, sive sponte oblatum aut pacto conventum, sive consuetudinis alicujus necessitate receptum, &c. † Exigere etiam non solùm significat, petere, & agendo extorquere, sed etiam stipulãdo fidejussorem, vel paciscendo mandatorẽ accipere. Ratio autem *in d.l.2.* & suprà allegata de absurdo, æquè procedit in marito fidejussorẽ ultrò offerente, uti in invito. Quid.n. si ideò sponte offerat, quia sentit vel credit mulierem sibi diffidere? Quid si tẽtaturus fidem & amorẽ uxoris suæ faciat? Si imprudens ob avaritiã mulier à fidejussore stipuletur oblato: exacuétne animum mariti in se, multisq; suspicionibus sinistris in se detortis onérabit? † Avarum 383
equidem mulierũ genus est, ut quod faciliùs se obligat, quàm donat, *l.4. ff. ad SC. Vellejan.* Sic difficiliùs omittit occasionem acquirendę ejusmodi obligationis. Cristas inde sibi in maritum assumpserit, ut quẽ non solum, sed & fidejussorem ejus sibi obnoxiũ habet. Bono igitur consilio & ratione hoc constitutum est, ut ne quidem à marito volente cum effectu accipiat fidejussorem dotis conservandæ causa. Ad tertium Duareni argumentum respondetur, non in omnib. idẽ juris obtinere in fidejussore, quod in pignore: quoniam quoties diversa ratio utriusq; est, ut hoc casu esse ex suprà dictis apparet, ęquiparatio cessat. † In pignoris q dem constitutione à marito facta 384
majore ex parte suprà positæ rationes cessant, maximè illæ, quæ & absurditatem & turpitudinẽ quandã habere videbantur: cũ in pignore adhuc cadẽ mariti fides versetur, idem ejusdẽ amor: in fidejussore mulier sequatur fidẽ alienã. Quinimò pignora dando vel

constituendo maritus hoc pro dote facit, quod lex voluit; ut quæ fœminæ de tacita hypotheca prospexit, perinde ac si convenisset, *Gabriel. Mudæus dict. loco*. At idē lex noluit quo ad fidejussorē nec de eo prospexit. Ut ideò à pignorib. ad fidejussores hîc argu-
385 mentum vel inde procedere nō possit. † Ad quartū respondet: *in d. l. si constante. §. quotiens.* nō agere JCtū de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio ob inopiam mariti imminentē, sed de dotis repetitione, quæ fit matrimonio jam soluto: idq; colligit ex his verbis; *de solutione dotis post certum tempus*: Tempus hîc intelligitur sanè, nō, q̄ constante matrimonio est: nam ut ob inopiam emergentem repetatur certo tempore, cōcludi nō potest, sed tempus intelligitur pacto cōventū, intra q̄, soluto matrimonio, dos reddi debebat, aut caveri, *juxta l. de die. l. Atilicinus. ff. de pact. dotal.* Rursum hoc urgent illa verba, *tunc de-*
386 *ducto commodo temporis, &c.* † Etenim si constante matrimonio repetatur, nulla fit tēporis deductio, cùm omne illud commodum cedat lucro mariti in compensationem oneris matrimonialis. *l. pro onerib. C. de jur. dot. l. 7. ff. solut. matrim.* Idem probant illa verba: *in solidum cum condemnandum.* Idem probat *§.* proximè antecedens *in d. l. si constante. §. 1.* ubi agitur de repetenda dote, soluto matrimonio. Idē urget *§. sive autē mariti.* qui proximè sequitur post *§. quotiens.* Idem vult glossa, Bar. Bald. & alii Interpp. *ad d. l. si cōstante. §. quo-*
387 *tiens.* † Agit. n. de cautione, quæ exigitur à marito, qui dotis repetitæ solidum non solvit, ut solvat si ad meliorē fortunam revertatur: *l. unic. §. cùm autē. C. de rei uxor. actio.* Imò fatetur Duar. illius *§. quotiens.* jus multū auxisse Justin. *in d. l. unic.* Ubi tamen nihil de fidejussore dotis constante matrimonio dando. Etsi quoq;

in prin-

in principio *d.l.si constante.* agitur de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio, non tamen consequens est, de eadem agi *in d.§. quotiens:* quia directò cum principio legis nõ cohæret. Deniq; dato, quòd juxta *d.§. quotiens. vel arg. d.l. quod autem. §. si uxor. ff. de donat. vir. & uxo.* efficiatur, Ulpiani seculo licuisse pacto convenire, & ultrò uxori fidejussorem dare dotis causâ, cõstante etiam matrimonio: id tamen nũc meritò fileret propter recentiores constitutiones, ejusmodi jus vetus & consuetudinem prohibentes & tollentes. Quis enim nescit, autores *d.l.1. & d.l.2. C. ne fidejuss. doti. den.* tempore posteriores esse, & autoritate majores Ulpiano? † Quintum & sextum nihil ad 388
hanc quæstionẽ faciunt, cùm agant de fidejussore, quẽ soluto matrimonio maritus dedit: cp licere cõcedimus ultrò; quippe quòd tũ cessat ratio prohibitionis, cùm mulier ob infensum sibi maritũ, justam habeat causam, cur ei non fidat, cur obsequiũ ei amplius non tribuat, cur amorem alienũ & fidem alienã longè præferat. † Septimum quoq; nihil ad nos, 389
quia non est ex nostris; nec jus civile corrigere potuit, sed in foro Papali servetur, sufficiat. Sanè Jason etiam *in d.l.si cõstante. n.5. & 6.* illud ad Jus tantùm Canonicum rejicit, ac si illo jure uxor duplex remediũ & electionẽ habeat, utrum dotem repetere velit; an verò ut sequestretur; & tum à sequestre liberari per mariti cautionẽ. † Nam & jure civili, constante ma- 390
trimonio, adversus maritũ ad inopiam dilapidando bona sua, pperantẽ, sequestrationi dotis aliquo casu locus est, *ut in l. si cùm dotem 22. §. sin verò dot. ff. soluto matrim. videre est, fac. de Aretin. de sequestra. num. 3. c. olim. extra. de rescript. c.2. extra. de dol. & contu. Panorm. ad c.2. n. 23. extra. de sequestr. possess.* Regulariter autem omnis se-

questratio cautione fidejussoria resolvitur, *arg.l.Imp. §.fin.ff.de appellat.cap.fin.extra.de sequestr.possess.l.si fidejussor 7.§.fin.ubi Jason & alii.ff.qui satisdar.cogun.l.SCto 16. ff. de offic.præsid.l.litibus.ubi Bartol.colum. ultim. Cod. de agric. & censi.lib.11.Baptista à Villalobos.verb.sequestrum. Franciscus Vivius lib.1.commun.opin.conclus.266.Corasius lib.3. miscella. capit. 2. ad fin.* Aliud autem est, fidejussore dato relaxationem sequestri, vel ne fiat, impetrare: aliud uxori de conservanda dote cavere. Illud si petatur, nihil est quod prohibeat cautionē: hanc si of-
391 ferat utique est. † Deniq; dici potest, Papam respexisse *in dict. cap.* per vestras literas. ad sententiam latam de cautione præstanda: quæ in rem judicatam transierat: quæ etsi iniqua & contra jus, quo ad inopiæ causam, videbatur; tamen ex altero capite consistebat, nempe ex eo, quòd idem R. inopiâ laborans à se repulisset uxorem. Judices autem alia conditione dotem dari noluerunt, quàm si de recipienda uxore caveret. Hanc sententiam probat pontifex hac in parte: in altera eatenus, ut possit per satisdationem sequestrum evitare. Qua declaratione admissa, vel nihil, vel parum à jure civili discrepaverit. Postremùm fortasse fascino quosdam Canonistas infecit, ut arbitrati sint, *d. cap. per vestras literas. extra.de don.int.vir.& uxor.* absolutè procedere in marito ad inopiam inclinante: sed malè. Etsi quidem repetitio mulieri datur dotis conservandæ causa, ut tam marito de oneribus matrimonii ferendis, quā sibi prospiciat: nihil tamen hîc facit, quòd diffidentem arguat, & alienum amorem ac fidem præferat, uti in cautionis præstatione accidit: quippe non alii vult fidere, non alienam fidem sequi, sed suæ fidei ac custodiæ dotem recipere. Non igitur par ratio est:

est: nec par jus, quo ad fidejussoriam hanc cautionem. Quibus ita discussis, magis est ut communem sequamur sententiam, utpote meliorem: & cùm constitutionibus prohibeatur ejusmodi fidejussio, nihil mirum est, quod dicimus, talem fidejussorem defraudatum ex hac promissione sua nō obligari, *propter l. non dubium. C. de legibus.*

II. DECLARATIO. † *Etsi pro eo, qui ex delicti causâ obligatus est, cum quo civiliter agitur, fidejussor intercedere potest, omninoq; admittendus est, in publicis tamen criminibus, cæterisq; criminalibus persecutionibus utplurimùm arbitrio judicis permittetur, utrum pro carcerato relaxando, vel vitando carcere fidejussorem ex gravi & magna causa admittere debeat nec ne. l. 3. ubi Dd. ff. qui satisd. cog. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. & C. ff. si ex noxali caus. aga. l. si eum 10. §. qui injuriarum. ff. si quis caution. jud. sisten. l. Græcè 8. §. sed etsi ex delict. l. si quis pro eo 56. §. final. ubi Bartol. l. si à reo 70. §. final. ff. de fidejusso. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. ff. de custod. exhib. reor. l. 6. §. sed hæc. C. de appellat. l. 2. ubi Bald. Cod. de exhiben. & transmitten. reis. Authen. hodie. C. de custod. reor. Hippoly. de Marsil. latissimè in pract. crimina. §. attingam. à numer. 1. 2. 3. cum multis sequentibus. Anto. Gomez. tom. 3. variar. resolut. cap. 9. nume. 8. & sequentibus. Julius Clarus lib. 5. recept. sentent. §. ultim. quæstio. 46. numer. 6. 7. 8. & sequentib. Jacob. Menoch de arbitra. jud. quæstion. lib 1. quæst. 80. numer. 86. & sequentib. & lib. 2. cas. 303. numer. 1. 2. 3. 4. & sequentib.* † Et quod ad primam hujus declarationis partem attinet, nulla est dubitatio, quin non solùm judicio sisti, sed & judicatum solvi, imò pœnæ solvendæ causa fidejussor dari possit, *per d. l. 3. ff. qui satisd. cog. l. 1. l. 2. & seqq. ff. si ex noxal. caus. aga. d. l. si eum. §. qui injuriarum. ff. si quis caution. jud. sisten. dict. l. Græcè 8. §. sed etsi ex delicto. dict. leg. si quis pro eo. §. final. dict. leg. si à reo. §. final. ff. de fidejusso.* 392 393

Non enim hæc fidejussio impedit, sed promovet delicti pœnæque executionem. *d.l.si à reo 70. §. fin. dict. l. Græcè 8. §. sed etsi ex delicto.* Itaque nec in popularibus actionibus hactenus differentia est, cùm & illarum persecutio pecuniariam habeat pœnam, & rei debitoresq; dicantur, qui conveniuntur, actores verò creditorum sint loco. *l.10. l.11. l. 12. de verb. signif. cum ibi*
394 *nota.* † Regulariter autem apud omnem creditorẽ pro quolibet reo fidejussor intercedere potest. *l.1. l.2.*
395 *d.l. Græcè 8. §.1. §.2. & seq. & c. ff. de fidejusso.* † Quid igitur est, inquies, quod Paulus *in l. si quis pro eo 56. §. fin. ff. de fidejusso.* scribit, *diversam esse causam popularium actionum?* Pro furti actione, pro eo qui in legem Aquiliam commisit, fidejussorem accipit: diversam autem popularium actionum hac in parte esse putat.
396 Fateor id ita Paulum statuere. † Et certè sicut reus ex populari causa ante litem contestatam potest defensorem & procuratorem ad defendendũ dare: *l. 5. ff. de popula. actio.* ita & satisdare judicio sisti. *per d.l.3.* Et hactenus nulla est differentia inter actiones privatas & populares: At quo ad actorem, magna est differentia: & observandum, in eo differre populares actiones à cæteris privatis ex delicto vel quasi-delicto cõpetentibus, ut non continuò commisso delicto sint in bonis actoris, sed ita demũ, quando litem cũ reo contestatus sit, aut de suo privato damno, deque eo, q̃ sua interest, agat: alioquin potest à quolibet è populo p̃veniri, cùm sint actiones populi cuilibet è populo cõpetentes, *l.1. l.2. l.3. ff. de popu. act. d.l.10. 11. 12. cũ ibi not. de verb. sign.* & modò is, cujus interest, modò qui suam suorumq; injuriam prosequitur, modò idonior præfertur, *d.l.2. d.l.3. in fin. l.4. l.6. ff. de popul. actio.*
397 † Sicuti ergo hanc ob causam ante litẽ contestatam

pro-

procuratorem actor dare nō potest, nisi de eo, quod sua interest, agat, *l. licet. ff. de procurato.* ita propter eandem, lite nondum contestata, nequit actor hujus nomine, *rem ratam haberi*, promittere, nec fidejussorem pœnæ solvendæ causa accipere. † Nec hoc contrarium est illi, quod dicimus, non solùm præsenti, sed & futuræ obligationi fidejussorem posse accipi, dummodò sit aliqua, vel naturalis futura. *l. 1. 2. l. 3. l. 4. l. 6. in fin. ff. de fidejuss. l. 6. hoc tit.* ut teneatur tum, quando obligatio illa existit. Hîc autem futuram esse, eámque firmam. † Sed fidejussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est, nec certò constat, an apud eum vel alium sit obligatus futurus. *l. 4. l. fidejussor 16. ff. de fidejussor.* Cùm itaque in præsenti ignoretur, an per futuram litis contestationem reus sit pœnæ debitor apud hunc, vel alium futurus, & num huic sit alius idonior præferendus, non potest videri fidejussisse ad promissor, apud quē reus obligatus esset spe vel ipsa re. † Quod ergo Paulus *in dict. l. si quis pro eo 56. §. fin.* respondet, diversam esse causam popularium actionum; ex parte actoris intelligendum est, ut is non possit ante litem contestatam solvendæ pœnę gratia fidejussorem accipere, neque etiam judicio sisti, rem ratam haberi, & judicatum solvi satisdare: post autem susceptum judicium posse: teste gloss. & Bartolo *in dict. l. si quis pro eo 56. §. final. ff. de fidejussor.* Et hæc ita sunt, si civiliter agatur. † Cæterùm, si de privato vel populari delicto criminaliter agatur, idem quod in cæteris criminibus publicis obtinet, observandum esse, communis docet opinio. † Sicut enim arbitrariū est, reum accusatum pro criminis qualitate, & personæ accusatæ conditione carceri tradere, vel militi; *l. 1. ff. de*

398 399 400 401 402

custod.reor. Ita etiam in arbitrio jus dicentis erit, non solùm in publici, sed & privati & popularis, & extraordinarii criminis accusatione instituta, vel formata inquisitione, fidejussorem recipere vel non recipere, ut à carceris necessitate relaxetur reus. *l.2.l.3.l.4. ff.eod.d.l.2.ubi Bald. Jac.Menoch. d.cas.303. in prin. Jul.Clar. d.quæst.46.num.6.7.& seqq.Gomez.d.cap.9.num.8.& seqq. to.3.variar.resolut.* Deinde *d.l.Græcè 8. §.sed et si.d.l.si quis pro eo 56.in fin.d.l.si à reo 70.§.fin.ff.de fidejuss.dict.l.3.ff.qui satisdar. cog.d.l.10.§.qui injuriarum. ff. si quis caution.judic. fist.* agunt saltem de actione, & civili persecutione
403 criminis, non de accusatione.† Cùm itaque jus civile permittat de furto, de effractione, de sepulchri violatione, de termino moto, de injuriis, multisq; aliis extra ordinem accusationem instar publici judicii instituere, ut pro criminis magnitudine & qualitate, pœna modò corporalis, modò alia injungatur, ideoque necessaria sit & rei custodia & inscriptio in similitudinem supplicii. *l.fin.ff.de injur.l.fin.ff.de privat. delict.l.final.ff.de furt.l.7.l.9.l.seq.l.ult.§.1.ff.de incend.ruin. naufrag.l.1.l.3.tot.tit.ff.de extraord.crimin.l.8.ff.de sepulch. viola.l.3.ff.de prævaric. l.1.ff.de furib. balnea.l.1.l.2.ff.de effracto.l.1.ff.de expila.hered.l.2.l.ult.ff.de term.mot.* nec specialius & diversum de admittendis vel nõ recipiẽdis reorum fidejussoribus constituat, quàm de cæteris criminum accusationibus proditum est; censetur, hac in parte parem omnium accusationum conditi-
404 onem fecisse.† Quid igitur juris est, si de crimine aliquo accusatio criminalis intentatur? Aut reus in judicio comparet, aut non comparet: utroque casu in arbitrio judicantis est, utrum velit fidejussores oblatos criminis defendendi & exequendi causâ recipere, nécne; ut allegatis locis videre est. Sed arbitrium,

nm, ne penitus vagum sit, certis quibusdam concluditur terminis. Si in judicio cõparet, vel jam in carcere reus detinetur, videndum est, an crimen illud tãtùm mereatur pœnam pecuniariam, an verò corporalem. Si pecuniariam tantùm meruit, tum dato fidejussore relaxandum esse; imò oportere, censuit Hippol. *in Rub. de fidejusso. num. 210. & d. §. attingam. nu. 1. & 3.* Jul. Clar. *d. quæst. 46. num. 6. & 11.* Gomez. *d. c. 9. nu. 8. & seqq.* Menoch. *d. cas. 303. num. 3.* & Felinus *ad c. ex parte illa 1. num. 7. de rescript. & ad c. ult. nu. 10. extr. de accusa.* † Si 405
enim is solvendo est; qui locupletem reum dare potest: *Bartol. ad l. 1. ff. de custod. reor. per l. si plures. §. præterea si quæratur. ff. de fidejusso. Decius ad l. nemo dubitat 95. num. 1. de reg. juris.* & vice solutionis sufficit, ut quis aut fidejussoribus, aut pignoribus caveat idoneis, *l. rescripto. §. planè vice. ff. de mune. & honor.* nulla ratio est, cur hoc casu repudiari debeat fidejussor, & potiùs carceri tradi reus. † Est enim regulariter, etiã in delicti cau- 406
sâ fidejussor recipiendus, si ea pecuniariam habeat persecutionem. *Hippol. de Marsil. d. §. attingam. nu. 1. d. l. Divus. l. 4. ff. de custod. reor. Auth. hodie. Cod. eod. c. si clericus. §. fin. de senten. excommun. in 6. Abbas & Canonistæ ad Rubr. extr. de fidejussor. gloss. ad c. cùm homo 25. quæstio. 5. Bartol. & alii ad dict. l. 1. de custod. reor.* cui regulæ standum est, nisi de exceptione doceatur. Imò verò æquè benè satisfit, de hac pœna per fidejussorem, ac si excutiantur bona ipsius rei. † Et idem hîc respõderi potest, quod 407
Gajus *in d. l. si à reo 70. §. si. ff. de fidejusso. id quod vulgo*, inquit, *dictum est, maleficiorum* (ipsorum scilicet) *fidejussorẽ accipi posse; non sic intelligi debet, ut in pœnam furti* (tam civilem, quàm criminalem pecuniariam; *arg. d. l. 8. §. sed et si. dict. l. si quis 56. §. fin. de fidejussor.*) *is, cui furtum factum est, fidejussorem accipere non possit* (licet enim, ut

de hac pœna ex furti causa debita sit securior, *dict. l. 8. §. sed etsi. dict. l. si quis 56. §. fin. d. l. 3. ff. qui satisdar. cogunt.*) *nàm pœnas* (ecce rationem, cur accipere actori liceat) *ob maleficia* (etiam privata) *solvi, magna ratio suadet: sed ita potiùs* (hoc quod vulgò dicunt, accipi debet) *ut qui*
408 *cum alio*, &c. † Itaque non solùm hoc distinctionis membrum verum arbitror, si nondum esset confessus delictum reus, vel nunc offerret, dum in causa concluſum est; sed etsi sit in flagranti crimine deprehensus, aut confessus, aut circa finem causæ offerat fidejussorem; tametsi in iis disentiant Interpp. propè omnes, existimantes à carcere relaxandum dato fidejussore non esse eum, qui crimen confessus est, aut illud sit notorium, vel in crimine deprehensus, *per l. 5. ff. de custod. reor. & l. 2. C. eod. ut apud Hippoly. de Marsil. d. §. attingam. num. 2. 3. 4. & c. Jac. Menoch. d. cas. 303. num. 4. 9. 12. & 13. Gomez. d. cap. 9. à numero 8. & deinceps videre est.* Meritò in eo reprehenduntur à Jacobo Menoch. *d. cas. 303. num. 6. 7. 12. 13.* tum, quòd per datum fidejussorem securior fit accusator vel fiscus de solutione pœnæ istius pecuniariæ; tum quòd maleficii coërcitio eò faciliùs sit executionem consecutura, *per dict. l. si à reo 70. §. final.* cùm nihil interfit actoris vel fisci, uter pœnam istam pecuniariam solvat, ipsemet reus, an fidejussor? *argum. l. solutione 23. l. solvere 53.*
409 *de solution.* vel quis alius. † Verum quidem est, si statuto alibi vel decreto cautum esset, ut non priùs carcere liberetur, quàm solidum solvisset, tum dato fidejussore necessariò relaxandum non esse, qui confessus est, vel in crimine flagranti deprehensus, aut aliâs sit notorium, ut scripsit Bald. *ad l. 2. Cod. de exhib. reis*: quia carcer pars pœnæ foret. Sed hoc nihil commune habet cum hac quæstione: ideoq; Jacob. Menoch.

noch. distinguit, & rectè: inter relaxationem carceris ob custodiam, quia tantùm custodię causa in carcere detinēdus erat: & relaxationem carceris ad pœnam, hoc est, ejus carceris, qui pœnæ causâ decretus: ut illo loco fidejussor admittatur; hoc casu nō item, nisi ita æquum esse arbitratus sit jus dicens: nec ideo in syndicatu tenetur, si aliquâ causâ motus nolit fidejussorem accipere; aliâs injuriarum reus futurus. Gomez. *d. cap. 9. num. 8.* Neque obstat *d. l. 5. ff. de custod. reor.* Nam ut ex inscriptione *& l. 12. ff. de accusat. l. 13. ff. ad SC. Syllan.* liquet, potissimùm eo loci disseruit Venulejus Saturninus JCtus de criminibus capitalibus & corporalem coërcitionem habentibus: & de ejusmodi delicti genere intelligi oportere, & Rubrica, & alia responsa suadent, quod & Jacob. Menochius *d. cas. 303. num. 5.* verum credit. *in dict. l. 2. Cod. de exhib. & introd. reis.* nihil habetur ejus, quod hîc incontroversiam venit, teste eodem etiam Menoch. *num. 6.* † Sic etsi ab initio non obtulit, aut noluit fidejussorem dare reus, non tamen postea suscepto & ferè finito judicio offerens excludetur, contrà quàm voluit Angel. *in dict. l. 2. Cod. de exhib. reis.* Hippoly. de Marsil. *dict. 5. attingam. num. 3.* Non enim propterea penitus huic beneficio renunciavit; sed ad tempus: neque arbitrium jus dicentis sustulit, sed distulit: neq; cessat humanitatis benignitatisque ratio, ob quam fidejussoria relaxatio est recepta. † Nec quicquam urgent rationes à Dd. allatæ, quòd contra tacentem nec provocantem præsumatur repudiatio. *argum. c. 1. vers. quia si proclamare voluit, cur tam diu tacuit? extr. de frigid. & malefic.* quod verum est, in jure formato & delato, quod certo tempore clauditur, & præscriptione eliditur. *Jason ad l. 1. num. 6. Cod. qui admitt. ad bonor.* 410 411

poss. fac. d. c. 1. extr. de frigid. & malefic. Secus in cæteris. Atq; hæc de eo casu, quo criminalis pœna est pecu-
412 niaria futura. † Si verò corporalis, sive sanguinis, sive alicujus alterius gravioris coërcitionis pœna futura sit; communis opinio est, relaxari non debere reum dmisso fidejussore. *Bald. ad l. 2. C. de exhib. & introd. reis. & in l. eos. §. super his. C. de appellat. Julius Clar. d. quæst. 46. num. 7. & seq. Anton. Gomez. d. num. 8. Hippoly. de Marsil. ad Rubr. de fidejussor. num. 210. & in d. §. attingam. num. 1. secutus Angel. de Aretin. in tract. malefic. verb. fama publica. vers. decimò quæro. gloss. ad c. cùm homo 23. q. 5. Salyc. in l. ad commentariensem 4. C. de custod. reor. Didac. Covarr. variar. resol. lib. 2. cap. 8. nu. 8.* Moventur primò, quòd fidejussor is sit, qui idem cum reo principali promittit; *arg. l. 5. §. satis autem acceptio. h. tit. Hippoly. de Marsil. ad Rubr. de fi-*
413 *dejusso. num. 1. 2. 3.* † Atqui nemo potest se conveniendo & promittendo ad corporalem pœnam obligare: quia homo non est dominus membrorum suorum. *l. liber homo. ad l. Aquil. gloss. ad c. cùm homo 23. quæst. 5. Bald. ad l. 1. num. 7. vers. secundò revoco in dubium. Cod. ne filius pro patre. Hippolyt. de Marsil. ad Rubr. de fidejussor. num. 206. & seqq. Gomez. d. cap. 9. tom. 3. variar. resolut. numero 8.* Ergo, cùm idem hîc adpromitti nõ possit, quod de-
414 betur, frustrà fidejussor de jure intercedit. † Verum quidem est, Alberic. de Rosa. *in 1. part. statut. quæstio. 51. incipien. & ex prædictis potest oriri alia quæstio* &c. conari probare, posse aliquem fidejubendo in se alienam pœnam corporalem recipere, tum quòd quisque se ex alieno facto obligare possit. *l. cùm filius familiâs 49. §. 1. h. tit. l. nemo 5. ff. de duobus reis.* tum quòd par sit ratio obligare se promittendo, vel delinquendo; *arg. §. 1. Institut. de obligat. quæ ex delict. nasc. tit. Instit. de oblig.* & ad paria judicentur. *l. omnem. de judic. §. & hoc consideran-*

tes.

tes. Novell. ut omnes obedi. jud. Atqui delinquendo posse quem ad pœnam, etiam capitis, obligare, nullum esse dubium: tum denique, quòd commentariensis, miles est custos carceris, qui fugam rei permisit, pari pœna afficitur. *l. milites. l. penul. l. ult. ff. de custod. reor. l. 4. C. eod.* Extare etiam dixerit exemplum Appii Claudii consulis apud Dionys. Halicarnas. *lib. 6.* qui trecentos obsides in forum adduxit, atque spectante populo virgis cæsos securi percussit: & apud Livium Tarétinorum obsides in comitio deductos virgis cæsos è saxo Tarpejo dejectos esse. *l. crimen. ff. de pœn.* Sed hanc Alberici assertionē optimo jure reprobat *Hipp. de Mars. de fidejuss. nu. 208. 209.* Pœnæ enim manebunt suos autores. *l. sancimus. C. de pœn.* nec filius patris, nedum fidejussor rei principalis portabit iniquitatem, *Ezech. 18.* Neq; absolutè verum est, quod dicitur, quem posse ex alieno facto obligari, ut supr. diximus, *ex §. si quis alium. Instit. de inutil. stipul. l. inter artifices. ff. de solut.* Obligatur ita demum, si ex suo facto initiū capiat, aut id, quod interest, vel pœna promittatur vice ejus quod interest. Sed hæc pœna est pecuniaria, & earum rerum, quarum promissor dominus est. Membrorum autē suorum nemo dominus est: multò minùs vitæ suæ. *l. liber homo 13. ad L. Aquil. gloss. in l. 1. §. si sibi manus. verb. in se sævientem. l. sed si damn. nu. 9. §. si ipse servus. ff. de pecul. l. omne delictum. §. qui se vulneraverit. de re milit. l. si quis aliquid. §. fin. ff. de pœn. Francisc. Zonnet. in tracta. de defension. part. 1. num. 8. & seqq.* Quo fit, ut nec par sit delicti & contractus ratio, quatenus ex alieno delicto corpus innocentis affligi debet. *l. crimen. ff. de pœn. l. unic. ff. si penden. appel. mors inter.*

† Quòd custos carceris & commentariensis ob fu- 415
gam incarcerati similitudine supplicii coërcetur,

non accidit vi promissionis alicujus, aut quòd vice alterius sustineret pœnam, sed ut proprium luere delictum ob neglectum officium. Itaque illud in consequentiam trahi non potest. Nec omni ex parte reprehensionem fugit Appius Claudius, homo naturâ crudelis: ut nec alterum Romanorum factum. Quamobrem nec imitandum hoc est, nec in consequentiam argumenti trahendum: quia viri sanguinarii non dimidiabunt dies vitæ suæ, *Psalm. 55.* Rursum (ut in viam revertamur) moventur *per l. 3. ff. de custod. & exhib. reor.* ubi Ulpianus ex Epistola Divi Pii refert, *non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussores dare paratus est; nisi si tam grave scelus admiserit, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat; verùm hanc ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere.* Tertiò *per l. 5. ff. de custod. & exhib. reor. quòd confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica conjiciendus sit.* Ubi sanè sine distinctione JCtus loquitur. Quibus, inquam, omnibus effici opinantur, nunquam de capitali, vel corporis afflictivam pœnam habente delicto accusatum acceptis fidejussoribus relaxandum
416 esse. † Contrà si ex textuum veritate disputandum & concludendum esset, verius Jacobo Menochio *d. cas. 303. num. 16. & 17.* videtur, arbitrio jus dicentis, consideratis circumstantiis, & personæ conditione ac qualitate, posse hunc etiam reum relaxari admissis fidejussoribus; qui judicio sisti, & ut defendat se, sententiæq; executionem expectet, vel certè die ferendæ sententiæ in carcerem se recipiat, promitteret certa pecuniæ summa, vel incerta pœnæ nomine expressa. Illud præcipuè suadet *l. 1. ff. de custod. & exhib. reor.* ubi generaliter arbitrio præsidis permittitur, utrum habita ratione causæ & personæ reum carce-

ri tra-

ri tradere, vel militi custodiendum dare, aut cautioni committere velit. Deinde *in l. 2. ff. eod.* arbitrio jus dicentis concessum est, si servus capitali judicio postuletur, ut à domino fidejussores accipiat, & ita servum à vinculis & carcere dimittat. Quod si in servo receptum est, quantò magis locum inveniet circa homines liberos? Nec dicere licebit; imò non agi de illa capitali pœna, quæ sit corporis afflictiva, sed de deportatione. Nam & deportatio corpus affligit, & in exilium ejicit, ut omnium injuriis sit expositum: & capitalis pœna in servo plerunq; ultimum est supplicium. Nec elabitur Bartol. qui *d. l. 2.* interpretatur de crimine quidem capitali, sed levi. † Imò 417
omne crimen capitale, grave est. *l. 2. ff. de pœn. l. 2. de public. judic.* habet enim vitæ libertatisque amissionem, & interdum civitatis. *dict. l. 2.* Multò minùs Angelus, qui respondet, datum fidejussorem fuisse judicio sisti, ut tamen servus vel in carcere maneret, vel alio loco carceris instar contineretur. Reclamat textus *d. l. 2. de custod. reor.* Siquidem hoc Papinianus indicat, cavendum esse fidejussoribus, ut si non sistatur, neque defendatur, tum in carcerem ac vincula publica conjiciatur, ut ex vinculis causam dicat. Ergo si defendatur, sub vinculis non erit dato fidejussore. † Ex quo tertiò relucet *d. l. 3. ff. de custod. reor.* 418
non absolutè quodlibet intelligere capitale crimen, quia grave sit, sed quod ita grave, ut hanc ipsam carceris etiam pœnã ante supplicium sustinere debeat: cujusmodi est majestatis, parricidii, latrocinii, raptus cum incestu, proditio patriæ, &c. Et cùm saltem hoc criminis genus atrocissimum excipiat JCtus, censetur in cæteris omnibus capitalibus casibus arbitrio judicantis regulariter potestatem concessisse. † In 419

eandem sententiam facit *l.eos 6.§.super his.C.de appella.* ubi sanè in capitalibus causis illi in vinculis retineri jubentur, qui ob inopiam fidejussores non inveniunt, nec fidem merentur. Postremò idem probatur *per d. cap.cùm homo 23.quæst. 5.* vers. *veluti si quispiam decipiat fidejussorem suum, atque ille pro isto legitimum supplicium luat.* Non quòd fidejussor ille in se recepisset fidejubendo hoc supplicium; sed quòd in dolo fuerit
420 & effecerit, ut se reus non sisteret.† Non obstant argumenta pro communi. Nam quod dicitur, fidejussorem promittere illud tãtùm, quod reus principalis; verum est, quatenus illam principalem obligationem præsupponit, ut sua fide eam esse jubeat: sed non semper idem solvere tenetur, cùm sufficiat sæpe id, quod interest, vel certa pœna: maximè quoties factum versatur in principali obligatione. *d.inter artí-*
421 *fices. ff.de solutionib.* † Quamvis itaque fidejussor promittendo se ad eãdem delicti commissi pœnam obligare non potest, ut rectè contra Alberic. de Rosa docuit Hippolytus de Marsiliis; cùm tamen factum sistendi defendendique fide sua esse jubeat, hoc nomine id, quod interest, vel conventionalem pœnam loco ejus debere potest, si illud non curet fieri, quod
422 curandum, ut fieret, fide sua receperat. † Quòd si ipsius etiam dolus & delictum accedat, ut promissis non stet, maximè quando instar commentariensis custodiam rei in se recepisset, non dubitandum foret, condemnari oportere ad corporalem pœnam pro admissi qualitate; non tamen ex obligatione fidejussoria, sed proprii delicti: *argu.l.4. ubi Salyce. C.de custod.reor.* Et de tali casu accipiendum est *d.c.cùm homo 23. quæst.5.* pro quo faciunt, quæ Jacob. Menoch. *dict.lib.2.de arbitr.judic.quæstio.cas.303.num.38. & cas.304.*

anno-

annotavit. † Divi Pii rescriptum, de quo *in dict. l. 3. ff.* 423
de custod. reor. non obstare, nec communem juvare ex
inductione, quam paulò antè fecimus, palàm est.
Sic & *dict. l. 5. ff. de custod. reor.* nihil habet, quod neces-
sarium generet argumentum pro communi, ut
supr. vidimus. † Quemadmodum ergo Menochius 424
d. cas. 303. num. 21. & 22. Alberici opinionem, ejusdem
corporalis cum principali reo pœnæ adpromissorē
admittentis, ut impiam & vetitam jure improbat:
cui etiam Philip. Camerar. *in meditat. histor. cap. ult. vol.*
1. adstipulatur: ita etiam meliore constantia defen-
ditur, utrum ob capitale delictum, vel quod corpo-
ris habet afflictionem, incarceratus possit à carcere
receptis fidejussoribus, interim, donec causa cogno-
scatur, vel quæ alia fiant, dimitti; illud committit jus
dicentis arbitrio: verùm ita, ut tamen non facilè eò
descendat, sed modus arbitrii sit, gravis & magna
causa; puta, vehemens morbus, vel testium peregri-
natio & longa nimis absentia, aut accusatorum ni-
mia mora: item, si qua gravis præjudicii causa inci-
dat, quæ litem criminalem per plures annos dilatu-
ra: Item si magna personæ accusatæ dignitas & fides;
accusantis exigua; aut ejusmodi utatur defensioni-
bus, iisque probabilibus, ut si probaret pleniùs, o-
mnino veniret absolvendus: aut jamjam judicanti
ex inquisitione constaret vel de innocentia, aut de-
fensionum firmitate: & si quæ ejus alia. † Nam ex 425
causa à communi hac in parte recedere licere, vel
inde posset constare, quod Julius Clarus *dict. quæstio.*
46. num. 11. asserit, in dubio debere judicem semper
inclinare in mitiorem partem: & reum potiùs sub fi-
dejussione relaxare, quàm vinculis & carceribus af-
fligere: ne nimiùm graventur accusati sumptibus

426 & corporis afflictionibus. † Proinde si ex formato, publicatóve processu appareret, incarceratum esse innocentem vel saltem pecuniaria pœna afficiendum, aut de proximo dimittendum, utique oblatis fidejussoribus erit relaxandus, etiam ante latam sententiam, vel antequam in causa fuerit conclusum, *per leg. 2. Cod. de exhibend. reis. ubi Bald. Menoch. dict. cas. 303. num. 34. Bald. ad l. sed etsi is 21. vers. extra quæro. ff. de in jus vocand. Jas. ad l. naturaliter. §. nihil commune. num. 109. ff. de acquir. possession. Hippoly. de Marsil. in d. §. attingam. nu. 16. 17. 18. & in §. quoniam. num. 50. 51. &c. pract. criminal. Antonius Gomez. tom. 3. variar. resolu. cap. 9. nu. 7. Clar. d. quæst.* 427 *46. num. 10. & 11.* † Quòd si pœna pecuniaria ob egestatem posset in corporalem converti, etsi putent vulgò, fidejussorem non admitti, *Bart. ad l. 1. num. 3. ff. de custod. reor. Menoch. d. cas. 303. num. 31. 32.* Mihi tamen secus videtur per illa, quæ supr. de priore mẽbro dixi; & quæ idem Menochius habet *d. cas. 303. nu. 36.* Etenim non videtur esse non-solvendo, qui idoneum 428 fidejussorem invenit. *l. nemo dubitat. de reg. jur.* † Ex his etiã liquet, quid obtineat in illis casibus, quibus non est certa pœnæ species expressa, sed arbitrio ea judicantis relicta: nempe, ut eandem hactenus relati arbitrii circa relaxationem carceris, analogiam sequamur. Atq; hæc hactenus de reo in judicio comparẽte, vel jam in publica custodia existente. 429 † Si verò præsens non sit, & cautionem offerat judicio sisti; vel defensionem per interpositam personam susciperet: rursum ad arbitrium boni viri recurrendũ dixero. *arg. artic. 156. in constit. criminal. Caroli V.* Et certè si ideò offert, ut carcerem evitet, illa omnia, quæ supr. dicta sunt, locum habere arbitror, & eo quoq; casu, in quo omnino sanguinis pœna futura est, audiri debet,

bet, præsertim si reus, qui fortasse fugâ sibi cõsuluit, ne carceri manciparetur, paratus sit in continenti; vel de facili docere se innocẽtem, aut quòd ob corporis tutelam homicidium fecerit, vel ob similem justam causam, aut fama publica vel alia adminicula eum excusent: aut aliæ id circumstantiæ moneant: in quam sententiam multum facere arbitror *d. artic. 156. in constitut. criminal. Caroli V.* † Si absens se per defensorem defendere velit, non est dubium, quin poterit, quoties ex qualitate delicti non major relegatione pœna venerit infligenda. † Sicut enim jam per defensorem, qui paratus est statim de innocentiâ, vel quod jure factum sit docere, rectè experitur, nec fas est ad bannum procedere: *Julius Clar. lib. 5. recept. §. ult. quæst. 32. num. 1. 2. 3. & 5. Paris. consil. 154. num. 23. volum. 4. Jacob. Menochius de arbitra. judic. quæstion. lib. 1. quæstion. 80. num. 86. 87. & seqq. multis. num. 120. 135. 136. 139. per l. absentem. ff. de pœn. l. servum. §. publicè. ff. de procurator. l. 1. ff. an per aliam caus. appell. Hippolyt. de Marsil. §. sequitur. num. 18. vers. modò redeundo. vers. & potest poni exemplum. num. seqq. in pract. criminal.* ita etiam pro tali defensore judicio sisti, & judicatum solvi fidejussor intervenire potest. *argument. Jul. Clari quæstion. 33. num. 4. lib. 5. §. ult. recept. sentent. & quæstio. 4. num. 10. Antonius Gomezius d. cap. 9. num. 8.* 430 431

XXIIII. CONCLUSIO.

ET si † fidejussor intensivè & majore atq; efficaciore vinculo, non tamen extensivè & in plus, nec in aliam rem, vel ob aliud factum, quàm reus principalis obligatus est, accipi potest. 432

l. 6. in fin. l. seq. l. Græcè 8. §. 1. §. illud commune est. §§. seqq.

l.sequẽt.l.si stipulatus 15.l.seq. §.qui certo. §.fidejussor accipi.l. Marcellus 25. l.hi qui accessionis 34.ubi Bartol. l.seq.l.si ita fidejussorem.ff.de fidejussor. §.fidejussores. Institut.eod. Fulgos. ad l.hactenus. §.1. ff.de constitut.pecun. Alexand.& Jason nu. 9.ad leg.1.§.si stipulanti. ff.h.tit. Emmanuel Soaretz. thesaur. commun. opin.verb. fidejussor. num.123.& num.124. & 129. Arius Pinel.ad Rubr. Cod.de rescind.vend. part.1.cap.3.nu.18.

Nam cùm hoc fine fidejussor accipiatur, ut magis, quàm antè cautum sit creditori, mirum nõ est, quin efficaciùs & fortiore vinculo, quàm reus principalis adstringi possit; veluti si pro pupillo, vel minore fidejubeat, aut pro servo in causa peculiari, vel pro eo saltem, qui naturaliter obligatus est, ita, ut ab eo peti non possit, solutum autem non condicat; Quæ exempla proponuntur *in l.6.in fin. l.7.l.8.§.1.dict.leg.fidejussor 16.§.fidejussor accipi.l.Marcellus 25. l.cùm fidejubeat 35. ff.de fidejussorib. Cujacius observation.11.libr.8.l.si pupillus* 433 *127.hoc titulo.* † Cur autem non in plus, nec in aliam rem, vel propter aliud factum fidejussor obligetur, ea ratio esse potest: Quia absurdum est, ut plus vel aliud sit in accessoria obligatione, quàm principali. *§.fidejussores.Institut.de fidejussor.dict.l.hi qui accessionis 34. hoc tit.* Deficit etiam finis hujus stipulationis securitas scilicet, & ut magis sit cautum. Quod enim à principali non debetur, quî poterit de illo reddi securior, quàm antè fuit creditor? quia in eo creditor non est: *per l.2.§.1. & seq.ff.de reb.cred.si cert.§.1.Instit.de obligat.§.1.& 2.Inst.de action.§.fin.Inst.de perpet.& tempor. action.l.10.l.11.l.12.& ibi notat.ff.de verb.signif.* Quî poterit illud fide sua principali debitori credi jubere fidejussor, quod creditor non credidit, & in quo fidē debitoris secutus non est? Deficiente autē proprio cujusque fine, deficit ipsa forma, ut capitib. præce-

dent.

dent. traditum est. † Itaq; fidejussor in partem pecu- 434
niæ, & in partem speciei rectè accipi potest. *l. fidejussor 9. ff. de fidejussor.* ut in eam tantùm partem, non ultra sit obligatus: *l. rogatus 33. ff. mandat.* quia finis hujus stipulationis proprius non deficit; nec ullum absurdum adest: Atquin ut ille in viginti jubeat, cùm principalis tantùm decem promiserit, nulla ratione obtineri potest. *dict. l. Græcè. §. illud. ff. de fidejussor. §. fidejussores ita. Institut. eod.* † Sic si quis Stichum stipu- 435
latus fidejussorem ita acceperit; *Stichum aut decem fide tua jubes?* non obligatur fidejussor, ne quidem quo ad Stichum; non solùm quia in duriorem causam ratione rei, id est, in plus acceptus sit, cùm futurum fortasse esset, ut mortuo Sticho adhuc decem deberet: sed etiam, quia & in aliam obligationem acceptus est. Unde nec vice versa pro eo, qui decem tàtùm promisit, cum effectu rectè fidejubetur; *decem aut Stichum. d. l. Græcè 8. §. illud. vers. si quis Stichum. vers. deniq; ff. de fidejusso.* Etsi quidem hîc fidejussor in duriorem causam non obligatur: tamen cùm Stichus quidem sit moriturus, decem autem quæ omnino debet reus principalis, nõ sint peritura. *l. quod te. ff. de reb. cred. si cert. pet.* aliud promisit & in aliã obligationem; alternativam nimirum acceptus est, & secus, quàm debitor principalis est obligatus. † Imò 436
si fidejussoriæ stipulationi adjiciatur stipulatoris electio, quam reus principalis in alternativis nõn concessit creditori, irrita est fidejussio; ut exemplum proponitur *in dict. leg. Græcè 8. §. idem Julianus ait.* † Semper enim probandum est, cùm adjicitur vel 437
detrahitur aliquid principali obligationi, vitiatam esse, nisi ideo detrahatur utriusq; voluntate, ut leviter & melior sit conditio fidejussoris; non ut dete-

rior, durior, & in plus, quàm reus principalis obligatus est. Nam talis adjectio & detractio, quæ plus re adjicit, vel conditione aut die, vel loco, cùm à fine & forma fidejussionis abhorreat & penitus remota sit, ne quidem inter consentientes, fidejussorem & cre-
438 ditorem scilicet vires capere potest: † cùm formas rerum pacta privatorum mutare non valeant. *l. nec*
439 *ex prætorio 27. de reg. juris.* † Nam & loco, & tempore plus promittitur. *§. non solùm autem. Instit. de fidejussor.* Igitur, si debitor purè mihi promisit, te fidejussorem accipiam cum loci adjectione; vel si debitor Capuę solvere constituit, tu Ephesi dare fidejussisti, obligatus non eris; *d. l. fidejussor 16. §. qui certo. ff. de fide-*
440 *jussor.* † Sunt autem qui contendunt, non penitus talem stipulationem censeri vitiatam, sed quatenus plus est in fidejussoris promissione: ut etiam in constituto *l. hactenus 11. §. fin. ll. seqq. ff. de constitu. pecun.* cùm utile per inutile vitiari non debeat. *argu. l. 4. l. rogatus 33. mandat. Azo in summ. Cod. de fidejuss. num. 7. Cyn. & Alberic. ad l. ult. Cod. de fidejussor. Decius ad l. in eo quod plus. ff. de reg. juris. Alciat. Coras. Duaren. ad d. l. 1. §. si stipulanti. hoc tit.* Sed hos malè sentire, patet *ex l. Græcè 8. §. illud. §. seq. d. l. fidejussor 16. §. 1. ff. de fidejussor. patet ex d. l. 4. & d. l. roga-*
441 *tus.* ut & c. 4. supr. concluf. 4. significavimus. † Interim tamen, si principalis factum debeat, puta insulam fabricare, fossam fodere, vel ire agere pati; rectè fidejussor accipitur in id, quod interest, *l. cùm filius-famil. 49. §. 1. hoc tit. & in l. si in illa. ibi Aretin. in 1. lect. num. 3. hoc titul. Alexand. ad l. si insulam. hoc titul. num. 42. Decius ad l. certi 9. num. 7. de reb. credit. si cert.* Nec propterea existimandum est, vel in plus vel aliud obligatum esse fidejussorem: cùm sub conditione faciēdi principalis, promissor omnino in id, quod interest,

tene-

teneatur: *dict. leg. si insulam: & ibi Dd. l. si pœnam 68. in fin. hoc tit.* de qua re suo loco. † Sed an idem sit, si in pe- 442
cuniam, seu rei æstimationem fidejussor accipiatur, quando principalis rem debet, puta Stichum; puta decem modios frumenti; controversum facit Arius Pinelus *ad dict. Rubric. Cod. de rescind. vendit. part. 1. capit. 3. numer. 18. & sequentibus.* Etsi enim fatetur, communem esse opinionem, ejusmodi fidejussorem nullo modo, nullaque via teneri: eam tamen impugnare nititur cum Castrensi *per leg. si ita 42. ff. de fidejussor.* ubi Javolenus: *Si ita*, inquit, *fidejussorem accepero: Quod ego decem credidi, de ea pecunia, mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor: quia in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest: quia* (ratio, cur res alia sit) *non uti æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda.* Duplex ex hoc *vers. quia non uti æstimatio.* argumentum elicere conatur contra communem: Unum à sensu contrario: q.d. Si non licet rem pro nummis debitis à fidejussore stipulari; quia nummi rebus non æstimantur: utique pro rebus debitis licet à fidejussore stipulari æstimationē: cum constet, omnes res pretio nummisque æstimari. *l. pretia rerum. ff. ad l. Falcid.* Alterum ab absurdo: Quia, nisi hæc ratio hoc modo accipiatur (ac si diceret: non est par ratio, quando pro debito quantitatis, h.e. certæ summæ nummorum intercedit fidejussor promittens certam speciem, vel rē diversam; quæ est, si pro debito speciei, vel frumenti, fidejussor certam promitteret quantitatem pecuniæ) absurda videretur, & minimè concludens. † Verùm 443
meo judicio neutrum rectè hinc elicitur. Utitur Javolenus duplici ratione: prima est, quòd videatur

in aliam rem acceptus fidejussor: altera est, quòd adeò & in tantum sit in aliam rem acceptus, ut ne dici possit, eum videri fidejussisse, in rei debitæ æstimationem, & eum casum, quo ipsa res, vel ipsum corpus, aut ob moram, aut culpam rei principalis dari non potest, & necessitate quadam ad æstimationis præstationem subsidiariam perveniendum est: quippe nummi corporibus non æstimantur: sed cõtrà. Itaq; etsi is, qui pro debitore frumenti, aut corporis alicujus fidejubet, perempta re, durante adhuc principali obligatione, obligatus manet, ut in æstimationem condemnetur, *juxta l. si servum 91. in princ. & §. penultim. & ultim. ff. h. tit. l. quod te. l. vinum. ff. de rebus cred. si cert. petat. l. 14. de verb. signif. ibi annotat.* tamen qui pro eo, qui in summam pecuniæ obligatus, fidejubendo promittit corpus vel frumentum, ne sic quidem obligatus videri potest in eum eventum, si nũmi principali creditori pereant, ut reficiatur æstimatione istius corporis vel summæ. Imò hoc vult Javolenus hac altera ratione ostendere: rem aliam esse pecuniam numeratam, rem aliam frumentum; ut ita sit ratio rationis: quia aliud est id, quo unũquodq; æstimatur; aliud id, quod nummis æstimatur. *l. 2. l. 3. ff. de in lit. juran.* Nummis autem rem quamlibet æstimari: Ergo pro nummorum debitore, non rectè promitti à fidejussore rem, quæ nummis æstimatur. Eadem ratione colligitur, ergo nec pro eo, qui corpus vel frumentum debet, rectè promittitur certa pecuniæ summa: quia aliud est res, aliud æstimatio rei: aliud corpus, quod æstimatur, aliud nummus, quo quælibet res æstimari solet, autore Javoleno. Et cùm hæc sit verissima Javoleni sententia, potiùs cõ-
444 muni acquiescendum contra Pinellum. † Aliud quo-

quoque non efficitur *per d.l.tantùm quisq; 88.de verbor. significa.* ubi traditur, qui rem habet, eum videri quoque æstimationem habere tantam, quanti res vendi potest: at non contrà rem habere eum videri, qui tantam pecuniæ vim habet, quanti res emi potest: ut ex ejus explicatione patet: Verùm non sequitur; ergo fidejussorem quantitatis sumere licet, si debitor corpus debeat: Nam adhuc in rem diversam obligatus esset. Imò si consequentia illa foret firma; oporteret fateri, si pro eo, qui Stichum debet, fidejussor intercedens promittat Stichum aut decem; cùm tanti Stichus valeret, consistere promissionem: quod tamen negat JCtus *in l.8.§.si quis Stichum. ff.de fidejussor.* Multò minùs contra communem facit, quod pro reo, ut quid faciat, obligato, potest fidejussor accipi in id, quod interest. *gloss.in l.si quis pro eo 57.ff.de fidejussorib.* Diversam enim hac in parte causam esse, *suprà ex l.68.l.stipulationes non.versic. Celsus. l. si insulam.h.tit.* ostendimus: & infrà de effectu stipulationis plenius apparebit.

DE IIS, QUI STIPULATIONEM CONTRAHERE POSSUNT, VEL NON POSSUNT.

CAPUT VII.

DE rebus hactenus: restat ut de personis videamus, quæ stipulando promittendoq; hunc contractum in se & ad se recipiunt. Etsi verò aliâs de personis priùs, deinde de rebus agendum, cùm hominum causâ omne jus constitutum sit. *leg.secunda. ff.de statu hominum:* in præsenti

tamen disceptatione ideò hic ordo fuit invertendus, quòd pleræque personæ rerum causa non rectè contrahunt. Suo etiam modo, quatenus nimirum actu & tractatu hinc inde habito fiunt, homo est causa procreans & conservans singularum stipulationum: Quatenus autem contractæ jus fiunt, ut alter alterum habeat obligatum; adjuncta sunt personarum contrahentium; & personæ illæ se ad stipulationes habent, tanquam subjecta recipientia in se, vel ad se. De qua re sequentes annotabimus conclusiones.

Summæ.

1 *Omnes, qui non impediuntur Jure, vel prohibentur, contrahere possunt.*
2 *Est edictum prohibitorium.*
3 *Non distinguitur inter virum & fœminam.*
4 *Facti species in l. 4. C. h. t.*
5 *Facti species in l. ult. C. de inutil. stipul.*
6 *Quæstio in l. pen. C. de inutil stipul.*
7 *Filiusfam. stipulatur & promittit.*
8 *Item servi.*
9 *Videndum, quæ persona non possint stipulationem contrahere.*
10 *Damnati, ut pœna servi fiant, seu ad ultimum supplicium prohibentur.*
11 *Stipulatio est jus civitatis.*
12 *Servus pœna neque sibi, neque fisco, neque Imperatori acquirit.*
13 *An hoc correctum sit per Novell. 22. cap. 8. & auth. sed hodie. C. de don. int. vir.*
14 *Quidam restringunt ad solos ingenuos.*
15 *Bona adhuc hodie adimuntur damnatis, tametsi descendentibus, & ascendentibus intra tertium gradum fiscus bona permittat: non etiam collateralibus.*
16 *Qui cives non sunt, nequeunt stipulationem contrahere.*
17 *Deportati, & quibus aqua & igni interdictum est, prohibentur.*

18 Ori-

18 *Origo hujus pœnæ ex Lactantio.*
19 *Ex Dionys. Halicarnas.*
20 *Lex Clodii in perniciem Ciceronis continebat interdictum aqua & ignis.*
21 *Sæpe fit hujus pœnæ mentio.*
22 *Olim duæ erant distinctæ pœnæ.*
23 *Deficiebant à civitate.*
24 *Deportatio olim gravis.*
25 *Contemni postea cœpit: ideoque interdictum aqua & ignis accessit.*
26 *Quomodo dicatur deportatio successisse in locum interdicti.*
27 *Patitur mediam capitis diminutionem.*
28 *Contractus juris gentium rectè celebrat.*
29 *Consideratur l. 2 de interd. & releg.*
30 *Cur deportatus nequeat manumittere.*
31 *Banniti Imperii hunc contractum facere prohibentur.*
32 *Quis bannitus.*
33 *Quibus privatus sit bannitus Imperii.*
34 *Secus, si quis bannitus sit ab aliqua civitate, electore, vel principe, aut comite.*
35 *Hic saltem amittit propria istius civitatis vel provinciæ.*
36 *Angeli sententia rejicitur.*
37 *Præsidis provinciæ deportationis sententia vim, nisi relegationis, non habebat, antequam Imp. rescripsisset.*
38 *Pater à filio fam. suo non rectè stipulatur, & contrà.*
39 *Stipulantem & promittentem oportet esse distinctas personas.*
40 *Pater & filius censentur eadem persona.*
41 *Pater à filio fam. & contrà non emit, conducit, &c.*
42 *Nisi peculii castrensis & quasi intuitu.*
43 *Et quid in rebus adventitiis.*
44 *& num. 54. consideratur Novell. 117. c. 1.*
45 *Administrationis jure continetur obligatio.*
46 *Justiniani constitutio de filiorum famil. acquisitionibus.*
47 *Filio fam. ob malitiosam patris administrationem competit hypotheca.*
48 *Filius fam. etsi habet plenum jus in adventitiis, non tamen jus patris fam. quia nec jus testandi.*
49 *Invito patre non habet de his rebus actiones filius fam. durante potestate patria.*

50 *Nec de iis cum patre agere potest, tametsi rationem reddere pater teneatur.*

51 *Lucrum dividitur inter patrem & filium fam. ex negotiatione.*

52 *Nec quo ad bona adventitia inter patrem & filium fam stipulatio contrahitur.*

53 *Causa militia publica non habet locum in adventitiis.*

54 *Ut num. 44. & actus agentium non fiunt nisi in agente apte & bene disposito.*

55 *Nequit habere adversus patrem de quæstu actionem.*

56 *Sine patre legitimo administratore filius fam. non rectè agit.*

57 *Hypotheca est jus in re.*

58 *Extraneo filius fam. stipulanti obligatur.*

59 *Pater & filius famil. possunt duo rei debendi & credendi fieri.*

60 *Declaratio l. 2. §. 1. ff qui satisda. cogun.*

61 *Principalis & accessoria obligatio non potest simul & semel concurrere in eadem persona.*

62 *Vera expositio d. l. 2. § 1 qui satisda. cogun.*

63 *Quomodo verum sit, patrem & filium censeri unam eandemq; personam.*

64 *Cur possit pater pro filio, & vice versa apud extraneum fidejubere.*

65 *Fidejussor stipulatori obligatur, etiamsi non sit actionem aliquam habiturus adversus reum principalem.*

66 *Impubes filius fam. ne quidem patre autore potest promittere.*

67 *Si filius fam. pro patre fidejussit, an stipulator cum eo agere possit, quod jussu.*

68 *Nec dominus à servo, nec contrà rectè stipulatur.*

69 *In servo cessat peculiorum differentia.*

70 *Consideratio l 56. §. 1. de fidejusso.*

71 *Pactionem pro libertate contrahit servus.*

72 *Stipulanti domino si pro capite suo promittat servus, non obligatur.*

73 *Dominus pro servo fidejubere potest, cùm & de jussu obligetur.*

74 *Servus fidejubere non potest extra peculii causam.*

75 Colo-

75 *Coloni, adscriptitii & similes possunt stipulari & promittere, etiam dominus terræ.*

76 *Germaniæ servi, qui* leibeigene *vocantur, proprie non sunt servi, sed instar colonorum, conditione sua colentium & adscriptitiorum.*

77 *Homo bona fide serviens putativo domino obligatur: sed non contrà.*

78 *Duobus casibus æquiparatur vero servo is, qui liber bona fide servit.*

79 *Hæc erronea servitus non nocet ingenuitati.*

80 *Error non mutat veritatem.*

81 *Cur putativus dominus non obligetur putativo servo.*

82 *Antiqua de hac re regula.*

83 *Consideratur l. 13. §. si libero. ff. commod. & l. atquin 19. §. si libero homini. ff. de negot. gest.*

84 *Non omne mandatum domini est contractus.*

85 *Frater à fratre eidem potestati patriæ subjecto, non rectè stipulatur.*

86 *Frater meus non potest uxorem ducere pupillam, cujus ego tutor sum.*

87 *Frater in testamento fratris, qui in iisdem patriis, testis fieri nequit.*

88 *Quicquid filius fam. acquirit, patri acquirit.*

89 *Qui cum filio fam. contrahit, duos habet reos.*

90 *Confusione tollitur obligatio.*

91 *Varietas lectionis in l. frater à fratre, de condict. indeb. hic non admodum est attendenda.*

92 *Furiosi & dementes nequeunt contrahere.*

93 *Homo cætera animalia antecellit intelligentiâ.*

94 *Unde intelligentia actio deducatur.*

95 *Sensus externi quinq; interni tres.*

96 *Animi morbus ex oblæsione functionis animæ.*

97 *JCti, phrenitin, furorem, dementiam accipiunt pro omni morbo animi ejusq; symptomate.*

98 *Phrenitis apud medicos sæpè etiam generaliter accipitur.*

99 *Morbi & symptomata animi varia sortiuntur nomina & formas.*

100 *Mentis læsio est à depravatis vel infirmatis ejus functionibus.*

101 *Depravatæ sunt functiones modò cum febre, modò sine febre.*

102 Phrenitis est continua cum febre acuta dementia.
103 Quid sit paraphrosyne: & unde tam varia ista mala.
104 Desipientia sine febre, quid, & unde.
105 Literis incumbentes fugient nimium vinum & nimios labores.
106 Melancholica desipientia qua, & quàm varia.
107 Mania & furor nascitur ex depravatione.
108 Insania mentis qua nascitur ex infirmitate functionis partis principis, varia: & quid stultitia, fatuitas, amentia.
109 Causa hujus insipientia modò ab hominis ortu, modò ex accidente.
110 Causa cur hi neq; promittere, neq; stipulari possint, etiamsi curatoris consensus accedat.
111 Consensus & autoritas in ipso negotio desideratur.
112 Furiosus & demens est pro absente.
113 Quid illud sit, quod Paulus] C. dixit, non stultis, sed errantibus jura succurrere.
114 Conclusio ista procedit indistinctè in iis, qui continuâ mentis alienatione laborant: in cæteris fallit eo tempore, quo sanis utuntur intervallis.
115 Ex re tamen obligantur.
116 Et interpretatione legis ob bonum publicum, vel evidentem utilitatem habentur pro consentientibus.
117 Furiosus an ex delicto obligetur.
118 A communi Duacenus dissentit.
119 Consideratio l. divi. vers. consulas nos. ff. de offic. præsid. pro communi.
120 Consid. l 3. §. ignoscitur ad SC. Syllan. pro communi.
121 Prodigus acquirit sibi, sed promittendo non obligatur.
122 Cur sit instar furiosi.
123 Et quatenus à furioso differat.
124 Prodigus doli capax est.
125 Prodigi judicium stultescit.
126 An prodigus neq; civiliter, neq; naturaliter obligetur: & quis illius quæstionis effectus.
127 Perinde est aliquid non fieri, vel non rectè fieri.
128 Naturalis etiam ratio prodigo interdicere suadet.
129 Quatenus naturale jus immutabile.
130 Naturali modo est etiam pupilli judicium imperfectum.

131 Con-

131 Consideratio l. Marcellus 25. de fidejuss.
132 Quæ Duareni sententia circa d. l. Marcellus: & an ea admittenda.
133 Quando possit pro furioso fidejussor existere.
134 Utrum ipso jure ex lege sit prodigo bonis interdictum.
135 Qui ipso jure sine magistratus decreto interdictum esse tradunt: quibus utantur fundamentis.
136 Notorium & decretum æquiparantur.
137 Quomodo lege XII. secundùm quosdam bonis prodigo interdictum.
138 Furioso est ipso jure bonis interdictum.
139 Prodigus pupillis & minoribus comparatur.
140 Interdictum ipso jure tollitur ex morum sanitate.
141 Decreto opus esse & fuisse olim communi calculo placuit & quare.
142 JCti non frustrà faciunt decreti mentionem.
143 Confirmatur communis autoritate quoque Juris Canonici.
144 Formula interdicendi.
145 Duo exempla apud Valerium Maximum.
146 Verba legis XII. Tab. qualia fuisse creduntur.
147 Apud Athenienses nemo habebatur prodigus, nisi cui decreto esset bonis interdictum, exemplo Sophoclis.
148 Ignominiosum est cui bonis interdici: nec profusio est factum permanens.
149 Utrum supremum imperium penes legem vel magistratii.
150 Magistratus quædam jure sui magistratus, quædam speciali concessione facit.
151 Specialiter concessa alii mandare vel delegare non potest.
152 Hæc consideratio cadit etiam circa hanc quæstionem, & interdictum prodigo faciendum.
153 Quæ sententia l. 1. ff. de cura. furios. prod.
154 Obscura possunt esse facta, ut continuò non constet, quis sit prodigus.
155 Notorium non semper assimilatur sententiæ.
156 Non omne, quod ipso jure fieri vel esse dicitur, continuò omne factum humanum excludit.
157 Alia interpretatio legum pro communi, quàm qua contra communem opinionem urgebatur.

158 *Non omne, quod lege, vel ex lege fit, potest videri ipso jure fieri.*

159 *In quibus differant & conveniant prodigi, furiosi, pupilli.*

160 *Valde prodest decretum prodigo.*

161 *Habet de eo, quod ante decretum gessit, restitutionem in integrum.*

162 *Prodigalitas non in jure, sed facto consistit.*

163 *Bernhard. VValter. negat interdictum prodige factum ipso jure tollis: sed malè: & cur hoc permittatur.*

164 *Plures causa destruentes, quàm formam rei constituentes.*

165 *Sententia & decretum habetur pro veritate.*

166 *Ebrius ex stipulatione non obligatur.*

167 *Ebrius valde pro absente habetur.*

168 *Uti potest exceptione doli mali.*

169 *Ab ebrio circumventus ebrius, qui malo fine conabatur istum ebrium reddere, & ita circumvenire, hac exceptione non utetur.*

170 *Pupillus alium sibi obligat, ipse sine tutoris autoritate non obligatur.*

171 *Infans unde dictus.*

172 *Declara. l. 1. vers. si quis. h. t.*

173 *An infans præsens possit per servum suum stipulari, rem pupilli salvam fore?*

174 *De infantia proxime erat probabilis dubitandi ratio, an stipulari possit.*

175 *Et posse, utilitatis causa est receptum.*

176 *Reliqui pupilli possunt recto jure stipulari: sed non promittere.*

177 *Quomodo & quando pupilli non intelligant quod agunt.*

178 *Deformitas corporis & membrorum arguit deformitatem ingenii seu animæ.*

179 *Adolescentis judicium stolidum.*

180 *Cum potentia generandi perficitur judicii maturitas.*

181 *Fœmina cur citiùs pubescant, nec tamen unquam constans judicium assequantur; & citius ad senectutem inclinent.*

182 *De initio & fine infantiæ, proximitatis infantiæ & pubertatis.*

183 *Infans est, usq; ad septimum ætatis annum completum.*

184 *In-*

184 *Infantia major & infantia proximus quis sit.*
185 *Quando is incipiat pubertati proximus fieri, controversum est.*
186 *Infantia proximus non est doli capax, pubertati proximus est capax doli.*
187 *Prima opinio eorum, qui pubertati proximos negant esse impuberes.*
188 *Sed rejicitur.*
189 *Non rectè ducitur argumentum ab eo, qui infantia proximus, & qui pubertati proximus.*
190 *Sententia Theophili in §. pupillus Institut. de inutilib. stipul.*
191 *Secunda opinio eorum, qui volunt, proximos pubertati dici, quibus semestre restat, ut pubertatem assequantur.*
192 *Consid. l. non tantùm. de excus. tutor.*
193 *Mens Cti unde colligi debeat.*
194 *Consid. l. excipiuntur. ad SC. Syllan.*
195 *Alii annale tempus statuunt.*
196 *Tertia opinio eorum, qui medium tempus inter finitam infantiam & pubertatis initium eligunt.*
197 *Pratextati ætas quæ.*
198 *Rejicitur & illa.*
199 *Non rectè confertur plena pubertas cum proximo pubertati.*
200 *Octodecim annorum cur in equestrem ordinem legendi.*
201 *Quando prætextam sumpserint Romani.*
202 *Quarta opinio est Hostiensis.*
203 *Quinta opinio Eguinar. Baronis.*
204 *Sexta & verior, quòd relinqui debeat arbitrio judicis.*
205 *Malitia ætatem supplet.*
206 *Puer novem annorum reddidit nutricem gravidam.*
207 *Salomon undecimo, Achaz decimo ætatis anno genuit, autore D. Hieronymo.*
208 *Ex potentia generandi discernuntur ætates.*
209 *Corporum tamen inspectio est inhibita.*
210 *Prudentia, subtilitas, &c. sunt argumento, utrum generandi potentia adsit.*
211 *Eunuchus cur non habitus pro pubere ante 18. annum.*
212 *An conclusio nostra indistinctè procedat.*
213 *Consensus in contractu desideratus non est perfectus in pupillo.*

214 *Quidam diverso respectu eandem pupillum credunt esse obligatum & non obligatum.*

215 *Alii dicunt, inter veteres]* Ctos non convenisse, & inde tot diversa responsa.

216 *Cujacius sequitur Martin. glossatorem.*

217 *Pupillus ex re obligatur.*

218 *Donellus in infante & infantia majore consentit, sed non in eo, qui pubertati proximus.*

219 *Major infantia equiparatur infanti.*

220 *Sententia Donelli.*

221 *Argumenta pro Donello.*

222 *Obligari si rem spectemus, non obligari persona privilegio.*

223 *Si locupletior factus, utroq; jure teneri.*

224 *Actio ex lege est civilis.*

225 *Quid per rem & personam intelligat Donellus.*

226 *Omnis obligatio est personalis.*

227 *Opiniones Dd. æstimantur ex allegationibus.*

228 *Beneficia alia in rem, alia in personam.*

229 *Pactum aliud in rem, aliud in personam.*

230 *Actio alia in rem, alia in personam.*

231 *Personalia personas non egrediuntur.*

232 *Ex conventione non nascitur gemina obligatio, alia in rem, alia in personam.*

233 *Sed non satisfit textibus.*

234 *Negotium non est, nisi cum habili persona.*

235 *Conditio personæ consensus impediens perfectionem, impedit quoq; conventionem perfici.*

236 *Naturalis etiam conventio requirit consensum.*

237 *Non esse, & perfectè non esse paria sunt.*

238 *Doli capacitas non inducit perfectionem consensus.*

239 *Martini & Cujacii opinio placet.*

240 *Standum est regulæ: at duplex ab hac regula exceptio; secundum alterutram leges sunt intelligendæ, & distinguendi casus.*

241 *Et dolus & ut locupletior factus sit, conjunctim non requiritur.*

242 *Dolus non cadit in furiosum: & ibi l. 1. ff. comm. consideratur.*

243 *Prior exceptio est generalis; posterior specialis propriè cadens in proximos pubertati.*

244 Con-

244 Consid. l. 127. h. t.
245 Consid. l. 1. de novat. in fine.
246 Pupillus sine tutoris autoritate non potest novare: quia alienaret.
247 Quatenus dicatur alibi novare.
248 Pupilli ex causa precedenti obligati quatenus novatio valeat.
249 Consideratio l. 25. §. 1. quand. dies legat. ced. retentâ voce nec.
250 Dies legati quòd ex re habet dilationem, statim cedit & transmittitur.
251 Papinianus respicit modò ad rem, modò ad intentionem testatoris.
252 Consid l. 95. §. aditio. de solut.
253 Ratio illius considerationis.
254 Consid. l. 21. ad l. Falcid.
255 Conditionis implendæ causâ data non imputantur quartæ Falcidiæ.
256 Consid. l. si ejus 64 ad SC. Trebell.
257 Reliqua nihil urgent.
258 Minores stipulari possunt, modo non stipulentur manumissionem sui servi, dum sunt infra vigesimum annum.
259 Lex Ælia Sentia libertatem impediens.
260 Manumittit is quoq; qui id per alium curat.
261 Si alienum servum, nec debitum manumitti stipuletur, valet stipulatio.
262 Consideratio l. 66. h. t.
263 Minores curatorem habentes nõ obligantur stipulantibus.
264 Consensus & jure & facto requiritur.
265 Fœmina sine consensu proximorum ex statuto non obligantur.
266 Idem olim apud Græcos & Romanos obtinuit.
267 Qui curatorem non habet, obligatur, sed restituitur.
268 Ratio conclusionis.
269 Similis est prodigo.
270 Cujac. recedit per l. 101. h. t. sed immeritò.
271. 272. An conjecturalis interpretatio pro communi.
273 Argumenta quædam diluuntur.
274 Curator ad litem toti aderit liti.
275 Consid. l. 7. §. 1. de minor.

276 *A manumissione ad contractum non valet argumentum.*
277 *Intelligenda sunt de manumissione testamentaria.*
278 *A testamento ad contractus quatenus argumen.*
279 *Alia explicatio.*
280 *An jure duntaxat civili.*
281 *Inutilis stipulatio non habet utile pactum.*
282 *Mutus & surdus stipulationem non contrahunt.*
283 *Nec distinguendum, an naturâ vel casu tales.*
284 *Qui tardiùs exaudit, vel blæsus non prohibetur.*
285 *Modò possint ea intelligi, quæ proferunt.*
286 *Quos contractus possint celebrare.*
287 *Mulier intercedens juvatur: pro marito non obligatur.*
288 *Quomodo pro marito intercedens tuta sit, & quare.*
289 *Idem jure poli.*
290 *Lex servanda ob conscientiam.*
291 *Objectio.*
292 *Lex Mosaica non convenit cuiq; Reip.*
293 *Regula Moisis non comprehendunt omnes omnino casus.*
294 *Moralis lex obligat præcisè, non etiam politica.*
295 *Qui à Scholasticis.*
296 *Qui ex JCtis docuerunt legis abrogationem.*
297 *Quidam dissentiunt.*
298 *Limitatur conclusio.*
299 *Alia exceptio.*
300 *Milites non debent fidejubere.*
301 *Privilegia militum.*
302 *An nostri milites gaudere debeant privilegiis.*
303.305 *Requisita in milite.*
304 *Qui hodie gaudeant privilegiis.*
306 *Clerici fidejubendo obligantur.*
307 *Nisi monachi sint.*

I. CONCLUSIO.

I *OMnes, † qui naturâ & proprietate hujus cõtractus, ejusq; fine, vel rei subjecta conditione non impediuntur, aut lege moribusq; prohibentur, stipulari & promittere possunt.*

arg. l. sicut. Cod. de act. & obligat. l. 1. §. verbis. l. obligamur 52. l. filiusfamil. 36. l. obligari 43. l in quibuscunque. ff. de actio.

& ob

& obligat. l. 1. ubi Dd. l. is cui 6. cum similibus. h. titul. † Est 2
enim hoc edictum prohibitorium: ideoq; qui specialiter prohibiti non inveniuntur, admissi censentur *arg. l. 1. §. 1. ff. de procurato. l. 12. ff. de judic.* † Itaq; non 3
distinguitur, an is, qui stipulatur, vel promittit, sit vir vel fœmina, *arg. l. 1. l. pronunciatio, cum ibi not. a. de verb. sign. l. cum mota. C. de transact. l. 4. l. seq. C. h. t. l. pen. l. ulti. C. de inutil. stipul.* † Et certè de stipulante fœmina agitur 4
in d. l. 4. & *l. 5. C. h. t.* cũ in facti specie *d. l. 4.* Sabina stipulata esset, *dotem, cùm moreretur, restitui sibi, ut cui velit, relinqueret:* de qua stipulatione consultus Imp. Alexan. autore Domitio Ulpiano J Cto, quem amicum suũ vocat, rescripsit, hanc stipulationem sic interpretãdam, ac si sibi suisq; heredibus restitui stipulata sit eã dotis partem, quam oportet mortua Sabina reddi, sive illa tota dos sit, sive portio ejus. *d. l. 4.* † Similiter de aviæ Septimii stipulatione quæritur *in d. l. fi. C. de inut. stipul.* Quod sanè frustra fieret, si mulieribus non liceret stipulando acquirere obligationem. Sed & promittere, nisi casibus quibusdam exceptis, permittitur. † Unde quæstio illa *in l. pen. C. de inutil. stipulat.* 6
cùm Aquilina dolo adversarii circumventa promisisset, an ipso jure, vel doli mali exceptione tuta foret? Et exceptione non quidẽ SC. Vellejani, sed doli mali vel metus defendi eam rescribitur. † Sed & filiæ- 7
fam. stipulatur promittitq; perinde, ac si paterfamiliâs esset. *d. l. filiusfam. 36. l. fi. ff. de act. & oblig. l. cùm filiusfa. 49. h. t. l. nulla. l. si ex alio. C. quod cum eo qui in alt. pot. l. si dubitetur 10. §. filiusfam. ff. de fidejusso. & in Rubr. de fidejuss. Hippol. de Marsil. nume. 307. Barnh. Walt. 2. Miscell. cap. 38.*
† Quin & servitam singulorum, quàm communes 8
rectè stipulãtur, suisq; dominis, ut infrà dicetur, acquirunt. *titu. Inst. de serv. stipul. l. 1. & tot. tit. Dig. eod.* Etsi

enim ex sua persona capaces non sunt, ex dominorum tamen sunt, quorum quasi instrumenta & manus acquirendi. *per l. ult. C. per quas person. nob. acquir. §. 1. §. item vobis. & seqq. Instit. per quas person. nob. acquir. vit. Instit. per quas person. acquir. oblig.* Quandoquidem, quo ad id, quod promittunt, aliqua differentia est, *ut ex l. servi 14. leg. si a furioso 24. §. 1. l. obligari 45. §. fin. ff. de actio. & obligat. leg. in personam. ff. de reg. jur. postea se dicendum*
9 *offert.* † Videndum igitur restat, quæ personæ non possint stipulationem contrahere: ut iis cognitis intelligamus cæteris permissum esse.

II. CONCLUSIO.

10 Qui † *ad gladium, qui ad bestias, qui ad ultimum supplicium, qui in metallum & opus metalli perpetuò damnati, neq; stipulari, neq; stipulantibus obligari queunt.*

arg. l. quod ad statum 12. l. sunt quidem 17. l. qui ultim. ff. de pœn. l. ejus. ff. qui testam. fac. poss. §. pœnæ. Instit. quib. mod. jus patriæ potest. solvi. l. si pater. C. de sent. pass. Servi enim pœnæ fiunt, & non solùm civitatem, ac ea quæ juris civilis sunt amittunt, sed & libertatem, *per d. leg. quod ad*
11 *statum. d. l. sunt quidam. d. l. qui ultim. d. §. pœnæ, ubi Dd.* † Atqui stipulatio jus civitatis est, & à jure civili cùm in-
12 venta, tum conservata, *ut c. 2. dictum est.* † Quod in tantum verum est, ut stipulando neq; sibi, neq; Imperatori, neq; fisco, neq; ærario, neq; ulli alii acquirant, quia etsi servi sint, in nullius tamen sunt patrimonio, sed in pœnæ & vindictæ arbitrio. Itaq; plus his servis abest, quàm cæteris, quos quisq; domi suæ
13 in patrimonio habet. † At dixeris, *Justinianus Novell. 22. de nupt. c. 8. authen. sed hodie. Cod. de dona. int. vir. & uxor.*

hoc

hoc jus antiquum antiquavit, & constituit, ut in posterum nemo ab initio bene natus ex supplicio vel damnatione fiat pœnæ servus. Etsi verò hodie servi pœnæ non fiunt, hoc est, maximam capitis deminutionem non patiuntur: tamen mediam adhuc sustinent, quia civitatem & familiam amittunt, *ut ex d. c. 8. notat Cujac. ad dict. Novell. 22.* Et licet causa & occasio istius prohibitionis hodie esset remissa: hoc tamen jus prohibitionis, cùm nullibi inveniatur sublatum, adhuc stare posse dicemus. *l. sancimus. Cod. de pœn.* Neque enim correctoriæ leges sunt in consequentiam trahendæ, neque ultra casum correctum extendendæ. *Constan. Roger. de interp. juris.* † Quin etiam multi 14
Bartol. *ad d. l. qui ult. ff. de pœn. & in dict. authent. sed hodie.* secuti contendunt, novum illud jus *in d. cap. 8.* tantùm pertinere ad ingenuos, non ad libertinos: & in his jus antiquum ratum mansisse. Ait enim Justinianus *dict. cap. 8.* τὸ δὲ ἐξ ἀρχῆς ἐκ γενομένων ἐπὶ πονηρίᾳ γίνεσθαι συγχωροῦμεν οὐκέτι· *& neminem à principio bene natorum ex pœna sive supplicio permittimus servum fieri.* Libertini autem à principio bene nati non sunt, sed liberi ex post-facto redditi. *tit. Institut. de libertin.* † Itaque nec hodie habent damnati testamenti fa- 15
ctionem, cùm sit publici & civilis juris, tametsi bona eorum non amplius à fisco retineatur, sed ad descendentes & ascendentes intra tertium gradum deferuntur. *Novell. 134. ut nulli judic. cap. ult. authent. bona. Cod. de bonis præscripto.* Ubi obiter hoc admonendi sumus: primùm, *per d. Novell. 134. cap. ult. & dict. authent. bona.* non tolli bonorum publicationem; sed ea salva manente, in fiscum illis casibus non redigi: si verò descendentes & ascendentes intra tertium gradũ non existant, jus fisci integrum mansisse: Deinde *in*

d. auth. bona. Irnerium de suo addere *collaterales intra tertium gradum:* cùm *Novella 134. c. ult.* non meminerit
16 collateralium. † Qui autem civitate carent, vel inter cives esse desinunt, stipulationem non rectè contrahunt. *leg. quotiens 14. §. fin. ff. de novat.*

III. CONCLUSIO.

17 *DEportati, † & quibus aqua ignique interdictum est, hunc contractum non contrahunt.*

l. quotiens 14. in fi. ff. de novat. Cujac. ad Lex ea 121. §. pen-
18 *ult. hoc titu.* † Exulibus quoque inquit Lactantius *lib. 2. de orig. erro. cap. 10.* igni & aqua interdici solebat: adhuc enim videbatur nefas, quamvis malos, tamen homines supplicio capitis afficere. Interdicto igitur usu earum rerum, quibus vita hominum cōstat, perinde habebatur ac si esset, qui eam sententiam exceperat, morte mulctatus: adeò ista duo elementa prima sunt habita, ut nec ortum hominis sine
19 his, nec vitam crediderint posse constare &c. † Et Dionys. Halicarnas. *antiquit. Roma. libr. 2.* meminit, Romulum Tatio extincto solum principatum adeptum, piaculum illud legatorum cæsorum expiasse, illis omnibus qui illud scelus perpetrarant, aqua & igne interdicentem. Omnes enim statim post Tatii
20 mortem ex urbe fugerant. † Et Clodius ad Ciceronis perniciem legem tulerat: *Qui civem Romanum interemisset, ei aqua & igni interdiceretur.* Etsi Cicero non hac lege nominabatur, tamen solus petebatur. Cùm itaque non solùm à consulibus, verumetiam à Cn. Pompeio proditus & derelictus, maluit urbe cedere, quàm bonorum vitam servis armatis objicere, & mense Martio extremo sponte anno ab U. C.

DCXCIIII.

DCXCIIII. urbe excessit. Quo comperto, Clodius ad populum de ejus exilio tulit, atque edictum proposuit, *ut illi aqua & igni interdiceretur, & ne intra quingenta* (alii trecenta) *millia passuum ab Italia* (alii, ab urbe) *illi esse liceret.* † Sæpe apud Livium hujus mentio est, & Ascon. Pædian. in Verrin. in orationem pro Milone: pro Domo, post reditum, ad Quirites &c. Carolum Sigonium *in annotat. ad Livium libr. 2. de exulio Coriolani.* † Itaque duæ olim distinctæ erant pœnæ, *interdictum aqua & ignis*, itemque *deportatio*, quę dicta, quasi *extra portam ejectio.* Nam qui deportabatur, Româ exulatum ire jubebatur, ejiciebaturque civitate, tanquam indignus societate civili. Cui verò aqua & igni interdicebatur, civitate non ejiciebatur. Sed cùm utrique civilis societas esset denegata; ille patriâ extorris alios lares inter hostes sæpissimè infestissimos quærere cogebatur: hic verò spoliatus in media civitate usu duorum elementorum maximè necessariorum, volens nolens urbe exire compellabatur, aliamque sibi civitatem, in qua usum aquæ & ignis reciperet, quærere. † Atque ita utrique nova civitate assumpta ἀπολίτις, & ab urbe Româ deficientes, hostesque censebantur. *l. sunt quidam. ff. de pœn.* qa deficiebāt. *l. amissione. §. qui deficiunt. ff. de capite minu.* Neque enim quisquam duarum civitatum civis esse poterat. *Cic. pro Balbo, & Corne. Nepos in vita Pomponii Attici.* † Et certè deportationis pœna gravis ac metuenda erat, dū adhuc arcti essent Rom. limites: quippe & domi & foris hostes experiebātur; ideoq; extorres à patria maturè cogebātur aliquam aliam civitatem adire, & nomen suū profiteri. † Verùm cùm populi plures fierent socii, termini etiam ampliores existerent, cœpit pœna deportationis le-

21 22 23 24 25

vior reddi: quippe, ut in alia civitate profiterentur nomen, & civitate deficerent atque ἄπολιτες fierent; non facilè tædio cogebantur, nisi simul etiam aqua & igne interdictum eis esset. Placuit igitur successu temporis, & maximè read Impp. delatâ, ut deportationi nominatim adjungeretur interdictum aquæ & ignis: paulatim verò semper intelligeretur subditum, ut cuicunque deportato etiam aqua & igni interdictum diceretur. Sic ne siti & fame ac gelu interire malint, maturè invitabantur ἄπολιτες fieri, & deficere. *dict. l. amissione.* Et ex hoc tempore una eademque pœna esse incepit. Atque ita intelligi commodè potest illud, quod Dio *libr. 56.* scribit, μυθίνα
26 πυρὸς καὶ ὕδατος εἴργθαι, ὃν ἀπείρῳ διατέλειν. † Quo spectat illud quod *in l. 2. §. 1. ff. de pœn. l. 3. ff. ad l. Juli. pecula.* legitur, *deportationem successisse in locum interdicti aquæ & ignis: & in l. penult. vers. consumitur. ff. de extraordinar. cognitio. quòd aqua & igni interdicitur in deportatorum persona: & hanc pœnam interdicti in personâ deportatorum venire.* † Sic itaque, cui aqua & igni interdicitur,
27 vel deportatur, mediam capitis deminutionem patitur, hoc est, & civitatem & familiam amittit; *dict. l. amissione. l. fin. ff. de capit. minu. §. media. Institut. de capit. deminu. l. 2. leg. 12. l. sunt quidam 17. ff. de pœn. l. 1. §. his quibus. §. seq. ff. de lega. 3. leg. deportatus 15. ff. de interdict. & relega.* & civiliter interiisse censetur *l. verum est. §. penult. ff. pro soc.* ac veluti mortuus habetur, *dict. leg. amissione. l. tutelas 7. §. fin. dict. leg. fin. ff. de capit. minu. §. cùm autem is. Institut. quib. mod. jus patriæ potest. solvi. l. 1. §. fin. ff. de bonor. possess. cont. tab. l. 4. §. penult. ff. de bon. quæ libe.* & per consequens, ut nec alia Romanæ civitatis jura propria capit, ita nec jus stipulandi promittendique habet. *d. l. quotiens 14. in fin. ff. de novatio. Cujac. ad l. 121. §. pen. hoc tit. dict.*

dict. l. deportatus 15. ff. de interdict. & relega. Neque hoc mutatur *per l. ex ea parte 121. §. in insulam. h. tit.* In insulam, inquit, deportato reo promittendi stipulatio ita concepta, *cùm morieris dari?* non nisi moriente eo committitur. Ex hoc loco quidem duo probari posse videtur: primò, quòd deportatus per stipulationē reus promittendi fieri possit: deinde, quòd deportatus pro mortuo non habetur, sed mors ejus naturalis expectanda sit, ut & *in l. res uxoris. Cod. de donat. int. vir. & uxor. l. sed si mors 13. §. 1. ff. eodem. l. intercidit 59. ff. de condit. & demonstr. l. ex facto 17. §. si quis rogatus fuerit filiis. ff. ad SCtum Trebellia. l. cùm pater 77. §. hereditatem. ff. de legat. 2.* Quod ad primum attinet, respondetur, hoc laborare falso verborum intellectu: Stipulatus erat non à reo promittendi jam deportato in insulam, sed cùm jam civis promisisset, reus promittendi deportatus est: ideoque quæsitum, an stipulatio statim esset commissa adversus fiscum, qui deportati bona olim indistinctè capiebat; an expectanda mors ejus naturalis; ut si fortasse restitutus morereturr, stipulatio non adversus fiscum, sed heredes ejus committeretur? Et hoc posterius placuit, secundum Cujac. *in d. l. ex ea parte 121.* Ratio, quia per mortē non quemlibet modum, quo desineret esse is, qui esset, sed tantùm naturalem mortem conditione comprehēdisse intelliguntur contrahentes; ut & *in d. l. res uxoris. & d. l. sed si mors 13. §. 1.* & pluribus aliis casibus, de quibus Cujac. *dict. loc.* Hinc Cujac. *ibid.* & *obs. 10. lib. 3.* existimat, & quidem ex intentione ac mente contrahentium, vel quid disponentium rectè, non per omnia & in omnibus pro morte haberi deportationem, & ideo in deportato neque conditionem mortis impleri, neque electionem, & facultatem attribuendi

fideicommissariam hereditatem uni ex filiis amittere, *per d.l.ex facto 17. §.si quis rogatus 4. dict.l.cùm pater 77. §. hereditatem.* neque etiam cessare facultatem revocandi donationem mortis causa, manente cum donataria uxore matrimonio; *d.l. sed si mortis 13. §.1. & d. l.res uxoris.* nec denique legatum sub conditione relictum exspirare propter odium caducitatis. *l. intercidit 59. de condit. & demonstr.* Quæ quidem omnia vera sunt, neque tamen nostrum evertunt axioma, quod eis facta non adimit, quæ juris sunt gentium, sed quæ juris sunt civilis; neque etiam contrahentium vel disponentium intentionem, quatenus nihil juris prohibitioni contrarium non continet, impedit. Hoc tantùm in controversiam hîc venit, utrum omnes illi casus intelligendi sint, sive in pœna permanens moriatur, sive restitutus & pœnæ gratiam consecutus, *juxta l.1.l.2.l.3. & tot.tit.C.de sentent.pass.& restit.l.1.l.2.ff.eodem.* in civitate civis obierit? Et certè Jacob.Cujac. *dict.observ.10.libr.3. & ad d.l.ex ea parte 121.* indistinctè affirmat. Revocabit ergo secundùm Cujac. donationem uxori mortis causâ factam, fideicommissariam relinquet hereditatem uni filiorum, quem ille elegerit, neque destitutum fiet legatum sub conditione ei datum, sive reversus, sive adhuc in pœna cõstitutus ab hac luce fuerit subtractus. Quod mihi secus videtur. Nam Papiniani sententiam *in d. l.ex facto 17. §.si quis rogatus 4. & in d.l.cùm pater 77. §. hereditatem.* recitatam, ita intelligo, quòd Papinianus voluit discrimen hac in parte ostẽdere inter deportatum, & maximam capitis deminutionem passum: in hoc penitus extingui & potestatem eligendi, & revocandi donatum & conditionis implementum: adeò ut nec per indulgentiam concessâ restitutione

& pœ-

& pœna remissa reviviscat: in illo non item, sed interim, dum deportatus nec restitutus est, in pendente esse, quia restitui potest in civitate, ut inquit Ulpian. *in dict. l. intercidit 59.* ut si restituatur, possit uni filiorum, cui velit fideicommissum restituere, & legatum impleta conditione capere, ac donationem mortis causa uxori factam revocare: secus autem, si adhuc in pœna constitutus moriatur. Idque nullam patitur difficultatem, *quo ad dict. l. intercidit 59.* cùm apertè revocet seipsum Ulpianus ad restitutionem in civitate: estque legatum Juris Civilis, & nemini deberi potest, quàm qui ex testamento potest capere. Quod *ad dict. leg. ex facto. §. 4.* attinet, colligitur idem *ex verb. cui liber factus*; Quæ verba de restitutione sunt intelligenda, nec mendi causâ arguenda & spuria, uti Cujac. *dict. observat. 10.* facit: cùm & Florentinum exemplar & manuscripta hanc lectionem habeant, nec ullum approbatę fidei exemplar proferri possit, in quo hæc lectio non sit recepta, *Cui liber factus:* Et licèt verum sit, nullum JCtum unquã, præter Marcianum *in leg. 5. de variis & extraordi. cognit.* dixisse, deportatum esse servum: nec enim dicere hoc oportuit; *§. media. Instit. de capit. deminu.* tamen non propterea consequens est, corruptam esse lectionem *in dict. l. ex facto 17. §. si quis rogatus.* cùm liberare & liberum fieri non semper referatur ad manumissionem, vel servitutem, sed sæpissimè etiam ad obligationem, delicta, pœnas, & vincula, *l. liberationis 47. de verb. signific.* & sic etiam ad restitutionem sententiam passi accommodetur, veluti *in l. fin. C. de generali abolitio. l. 2. C. ꝙ b. liberatus esset. l. 3. l. frustra 8. C. de sentent. pass.* Deinde colligitur idem *ex dict. l. cùm pater 77. §. hereditatem.* ex voce, *interea*; item *vers. nec fideicommissi conditionem:* & per

vers. qui eo tempore vixerint, cùm de aliis eligendi potestas nõ fuerit, &c. Quodnam quæso tempus illud est, quo de aliis eligendi potestas non fuit? An non illud necessariò de medio tempore, quod fuit à deportatione usq; ad restitutionem, qua à pœna liberatus est? An aliud hîc dari potest? Non video. Sic *in dict. leg. sed si mors 13. vers. quando ab hac luce &c.* non ad licentiam revocandi, de qua *in vers. ita tamen, ut non &c.* sed ad firmitatem plenissimam refero: ut cùm *in vers. humanum est*, dixisset, tali exilio subsecuto donationẽ confirmari, sed tamen revocabiliter, donec maritus supersit, cùm restitui possit *dict. l. intercidit 59.* hic revocationis metus planè cesset, si decedat in civitate nullâ factâ revocatione, sive durante deportatione: quia revocare interim non potuit. Et ut de plenitudine firmitatis, non de revocationis potestate intelligatur hic vers. ordo & cohærentia textus etiam ur-
28 get. † Tantùm ergo illos contractus deportatus rectè contrahit, qui juris sunt gentium, formamque suam integram à naturali, sive gẽtium jure habent: ut sunt mandatum, depositum, mutuum, emptio-venditio, societas &c. Nam ea, quæ ad jus gentium spectant, non amittunt deportati, sed tantùm quæ ejus civitatis propria sunt, à qua deficiunt. *d. l. amissione. d. l. deportatus 15.*
29 † Nec huic adversatur, quod *in l. 2. ff. de interdict. & releg.* deportato permissum non est, servum manumittere: tametsi manumissio juris sit gentium. *l. manumissiones 4. ff. de just. & jur.* Intelligunt quidam de servo ante deportationem acquisito: sed id nihil est, cùm nihil ejus, quod antè quæsivit, retineat. *l. 1. Cod. de fide jussor. ibi Donell. l. cùm ratio. ff. de bon.*
30 *damnato. l. 7. §. fin. ff. de capite minut.* † Mihi videtur ideo manumissionem vires non sortiri, quòd fiat in fraudem

dem fisci, quem in postea acquisitis omnino est successorem habiturus. *l. deportatus 15. de interdict. & releg.* Nam etsi ea, quæ juris gentium sunt, deportatus nõ amittit, eatenus tamen tantùm illi his uti permittitur, quatenus fisco fraudem & damnum non infert. *d. l. deportatus 15. ff. de interdict. & relega.* Deinde etsi manumissio juris gentium est, modi tamen per quos ea peragitur, Juris sunt Civilis, nempe vindicta, testamentum, & donatio per mancipationem: cùm hæ actiones omnes sint legis sive legitimæ. *§. multis. Inst. de libertin. l. 2. C. de Latin. liberta. tollen. l. actus legitimi. ff. de reg. jur. Ulpian. in fragm. tit. de libert.* Medio itaq; agendi caret deportatus, ut manumittere possit.

IIII. CONCLUSIO.

† *Eadem ratione, nec Imperii banniti stipulationem rectè contrahunt.* 31

Bartol. in disputat. suis. quæstion. 1. incipien. Lucana civitatis. num. 11. 12. & seqq. Joh. Corasius libr. 1. miscellan. cap. 24. num. 3. Gail. de pace publi. 2. cap. 1. Authen. nulla communitas. ubi Dd. Cod. de episcop. & cleric. Matthæus Matthesilanus in tractat. de successione ab intestat. artic. 3. nu. 44. 45. & 46. per authen. Gazaros. Cod. de hæret. & Manich. Bart. in d. Lamissione. §. qui deficiunt. ff. de capite minu. † Est enim bannitus 32 is, qui & proscriptus. *Johan. Coras. d. lib. 1. miscell. cap. 24.* & bannum (nostri vocant die acht) successit in locum deportationis. *Gail. de pace public. dict. cap. 1. lib. 2. de pace publica. Zasius in apologia adversus Eccium, de Judæor. infantib. baptizand. dict. auth. nulla communitas:* & revera nihil est aliud, quàm quod olim aquæ & ignis interdictum. *per ea, quæ Cic. pro domo sua, & Jul. Paul. libr. 5. sentent. tit. 28. leg. final. de legation.* † Privatur enim ban- 33

nitus regia via & defensione; cuique datur impune offendendus; bona & corpus ejus omnibus diripienda lacerandaq; exponuntur; ut à nemine tecto recipiatur; ut hostis Reipub. habeatur. *Gail. d. c. 1. Bart. in d. disput. sive quæstio. 1. incip. Lucana civitatis. & in tract. de exbanni. & ad dict. l. amissione. §. qui deficiunt. ff. de capit.*

34 *minut.* † Sed hæc ita sunt in Imperii bannito, sive in eo, qui exbānitus est ab Imperatore, Camera Imperiali, aut Comitiis principum ac statuum Imperii, ut passim exempla in Recessibus Imperii: secus in iis, qui ab electore aliquo, vel principe inferiore, aut

35 comite, vel à civitate aliqua proscriptus est. † Etsi enim ille ista omnia jura ejus provinciæ vel civitatis specialia, ex statuto nimirum locali promanantia, amittit, à qua per hoc bannum deficit, *d. l. amissione. §. qui deficiunt. ubi Bartol. in dict. quæstion. 1. Lucana civitatis. Matthæ. Matthesilan. d. artic. 3. num. 45. & ibid. in addition. num. 44.* ea tamen, quæ jure Imperii publico, atque communi competunt; veluti est successio ex testamento, vel ab intestato, *juxta Novell. 118.* stipulatio, legatum; salva & integra ei manent: quia ab universo Imperio, & hac civitate Romana non defecit, *Bart. & Matthesilan. prædictis locis. Emanuel Soaretz in Thesauro commun. opin. verb. Banniti. num. 1. & seqq. Alexand. consil. 75. num. 2. volum. 1. Petr. Gerard. de Petra Sancta singul. suo 14. Ascanius Clemens de patria potestia. cap. ult. nu. 19. 20. & 27. Tiber. Decian. Resp. 86. num. 38. & seqq. volum. 3. Mynsi. Resp. 21. num. 60. Andr. Gail. de pace public. lib. 2. c. 1. n. 21. & seqq.* Qui verò ab Imperio, & Imperatore & Camera Imperiali deportarentur, sive exbanniti esse juberētur: aut si electoris, principis, vel comitis, aut civitatis alicujus bannum in eos latum ab Imperatore vel Camera Imperiali confirmatetur; quin non

solùm

solùm suæ civitatis & provinciæ, verùm etiam, quæ ex communi jure proficiscuntur, amittât, nulla dubitatio est: quippe à communi nostra patria civitate deficiût; ab ea, inquam, cujus beneficio ista jura positiva habemus. *Bart. dd. locis. Matth. Matthesila. cum addit. d. nu. 44. 45. 46. art. 3. de succes. ab intesta.* † Neq; audiendus est Angelus *ad §. cùm autem. Inst. quib. mod. jus patriæ potest. solv.* existimans, distinguendum esse ex genere delicti, an quis exbannitus instar deportati vel relegati debeat haberi: Quia nec exilium, utrum pro deportatione vel relegatione habendum, ex delicti genere distinguebatur; sed ex propriâ formâ & fine decreti exilii. † Deinde, quid opus fuisset rescripto speciali provinciæ præsidi deportanti? Cujus tamen deportatio pro relegatione erat, nisi princeps rescripto approbasset, nullo criminis discrimine attento. *l. 1. §. his quibus. §. deportatos. ff. de legat. 3. dict. l. inter pœnas 6. ff. de interdict. & relegat. l. 2. ff. de pœn.* Nam cùm ejus tantùm provinciæ magistratus esset, nec hanc potestatem à principe specialiter accepisset, ut vice principis deportaret; non poterat plus juris, quàm ejus saltem provinciæ, cui præsideret, adimere: &, ut commune civitatis & orbis Romani jus amitteret, approbatione ad id Imperatoriâ opus erat. *d. l. 2. ff. de pœn. d. l. 1. §. his quibus. §. deportatos. ff. de legat. 3. l. 6. ff. de interdict. & relegat.* 36 37

V. CONCLUSIO.

Pater † à filio, quem in potestate habet, & contrà filius à patre civili jure prohibente stipulari non potest. 38

§. item inutilis. ubi Dd. Instit. de inutilib. stipulation. Felin.

in c. adferte. extr. de præsumpt. Bald. Donell. & alii ad l. 2. Cod.
39 *de fidejussor.* † Oportet enim stipulantem & promittentem duas esse distinctas personas. *l. inter stipulantem. l. 5. §. stipulatio autem. h. tit.* †
40 At pater & filius in potestate constitutus, ob jus potestatis patriæ cēsentur una eademque persona: & vox patris vox filii est, & contrà. *§. ei verò. Instit. de inutil. stipulat. Baptista à Villalobos in thes. commun. opin. in addit. Richard. num. 38. Andr. Tiraquell. ad l. si unquam. in princ. num. 23.* uno disseniente Lud. Roman. *ad l. sciendum. ff. qui satisdar. cog.* tot textibus & autoritatibus refragātib. Actio autem & passio circa idem ad idem, eodem modo simul concurrere non possunt. *l. prætor. ff. de tutor. & curat. dat. ab his. l. fi. ff. de offic. prat.* Quòd si pater filio, & contrà obligaretur, in eodem concurreret actio & passio: quoniam quodcūq; stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipsemet, in cujus potestate
41 vivit, stipulatus esset. *l. quodcunq; 45. h. tit.* † Quo fit, ut non solùm filius à patre ac vice versa non stipuletur, sed nec emat, nec locet, nec societatem contrahat: quia etsi contractus juris sunt gentium, oportet tamen duas distinctas esse personas contrahentes, nec idem sibimetipsi obligari ex tali contractu potest *per l. 2. ff. de contrah. empt.* Neque potestas patria juri gentium est penitus ignota. Deinde contractus illi ita sunt in civitatem recepti, ut tamen salvū manserit jus civile, & jus patriæ potestatis.
42 † Sed hæc ita sunt, si simpliciter cōsideres patrem & filium f. inter se: si verò, quo ad alium, etsi pater filio f. stipulanti non obligetur, adeò etiam, ut nec fidejussor pro eo rectè interveniat: tamen si pater à filio stipuletur, fidejussor pro filio f. interveniens omninò obligatur, quia intuitu peculii & pater stipulatus & fidejussor

jussorem accepisse censetur, ut de peculio sibi magis sit cautum. *leg. si fidejussor 56. §. 1. de fidejussor.* Atque hæc omnia procedunt in peculio profectitio; non etiam in castrensi & quasi-castrensi: cùm in castrensibus pro patrefamilias habeatur. *l. 2. ff. ad SC. Macedon. l. lis nulla. ibi Dd. ff. de judic. §. 1. & sequentib. Institut. quibus non est permissum testamentum facere. & ibi Dd. §. 1. & 2. ibi Dd. Institutio. per quas person. nob. acquir.* nec quoad illa, una eademque cum patre persona reputetur, adeò ut & judicium, & actio de iis rebus possit inter filiumfamil. & patrem ejus intercedere cum effectu. *dict. l. lis nulla. ff. de judic. l. 7. ff. de action. & obligation. §. 2. Institut. per quas person. nob. acquir. l. final. Cod. qui testam. fac. poss. l. fin. Cod. de inoffic. testamen. l. 1. Cod. de omn. castrens. pecul. lib. 12. l. 1. & tot. tit. ff. de castrens. pecul.*

† An autem hæc conclusio fallat in peculio adventitio, controversiâ carere non videtur; cùm casus sint, quibus ne quidem ususfructus patri debetur. *Authent. excipiuntur. cum sequentib. Cod. de bon. quæ libe.* 43

† De his rebus *in Novell. 117. ut liceat matri & aviæ. cap. 1. vers. res autem ita relictas.* affirmatur, competere filiofamil. in iis διοικητικὴ καὶ διοικεῖν, hoc est, *administrationem, dispensationem ac dispositionem liberam.* Sic enim verbum διοικεῖν eo loci interpretandum esse & antecedentia & consequentia ostendunt: idemque alibi Duareno *de testamen. & in dict. Novell. 117.* Cujacio videtur. 44

† Administrationis jure continetur etiam obligatio. *l. princeps. cum ibi not. de verbor. significat.* 45

Deinde *in l. cùm oportet. Cod. de bon. quæ libe. §. 2. Inst. per quas person. nob. acquir.* † Justinianus decrevit, ut quicquid filiusfamiliâs harum rerum occasione stipulando, aut contrahêdo, alióve modo acquireret, id omne sibi habeat proprietatis jure. 46

† Itẽ *in d. l. cùm* 47

oportet. §. fin. constitutum est, ut filiofam. propter malitiosam patris administrationem ex eo tempore cõpetat hypotheca tacita in bonis patris administrantis. Si itaque pater tacita conventione obligari potest hypothecæ & pignoris causa ob malam administrationem; multò magis obligabitur ei apertè & ex stipulationẽ. Contrà nec patrem à filiofam. nec filiumfam. à patre stipulari rectè in causâ adventitiâ, ut & obligatio nascatur & judicium dictetur, jurget, quòd hac in parte jus illud vetus & regulare nullibi invenitur expressè, vel per consequentiam, aut tacitè correctum. † Nam etsi in iis etiam rebus, quæ pleno jure filiusfam. consequitur *juxta d. cap. 1. Novell. 117.* liberam habet administrationem, si ejus ætatis fuerit, ut sui juris posset sine curatoribus & ætatis veniâ administrare sua: non tamen jus familiæ, sive patrisfa. in iisdem obtinet, sicuti in castrensibus: quod vel inde elicitur; quia jus testandi disponendique per ultimam voluntatem ei in istis non est concessum. *d. cap. 1. Novell. 117. ubi Cujac. Duaren. de testamen. facit l. ult. §. ipsum. C. de bon. quæ liber. l. fin. C. qui testamen. face. poss.* † Deinde filiofam. adversus patrem in his rebus non præstari invito patre actiones, dum in potestate est, patet *ex l. 7. ff. de action. & obligat. l. sed si unius 17. §. filiofam. & §§. seqq. ff. de injur. l. 1. authent. nisi tricennali. & ibi Dd. C. de bon. matern.* adeò, ut si alium sibi obliget, ipsemet solus non agat, sed patre permittente ac jubente, vel absente, tribus summodò casibus exceptis. *in l. fin. Cod. de bon. quæ lib. & gloss. ad l. lis nulla. ff. de judic. ibi Costal. gloss. in d. l. 7. & d. l. non solùm. §. filiofamil. per text. in d. l. 7.* Neque illud correctum sed potiùs confirmatum est *in l. fin. §. fin autem. in secunda. C. de bon. quæ libe.* Quomodo igitur jubente patre aget

48

49

ad-

adversus patrem? quomodo exercitium actionis erit patris cum semetipso? † Imò de ipsis adventitiis 50
rebus, constante potestate patria, non agit cum patre, nisi ut rationem reddat, vel administrationem ob manifestam dissipationem dimittat: veluti placet plerisque *ad d.l. cùm oportet. §. fin. & l. fin. §. non autem licentia. C. de bon. quæ liber.* Casus igitur hi duo excepti, & quidem ob patris quodammodo delictum, corroborant jus regulare in casibus non exceptis. *§. nam quod liquidè. in fin. de penu lega. l. quæsitum. de fundo instruct. instrum. lega. Johan. Petr. Surd. consil. 230. num. 17. Tiber. Decian. Resp. 51. num. 4. volum. 1. Resp. 55. num. 10. volum. 2.*
† Denique si filiusfamil. pecuniâ patris sui in causâ 51
adventitii, nedum profectitii, negotiatus sit, dividitur quidem lucrum inter patrem & filium pro modo operarũ, industriæ, pecuniæ, arbitratu boni viri. *Jacob. Menoch. de arbi. judic. quæst. lib. 2. cas. 126.* Sed hoc ita, ut non veniat jure actionis filiusfam. ad divisionem, sed per retentionem: neque pater ab ipso petat, sed ut is suum vindicet, sive potiùs tollat. Quo efficitur, nec in advẽtitiis inter patrem & filium nasci actionem civilem, aut utilem. † Sanè in hac 52
controversia posterior mihi sententia verior, nedum humanior videtur, cùm patri sua debeat constare reverentia, nec ab ea recedendum sine publica causa. † Publica mihi causa militiæ visa est hoc spe- 53
ciale jus de castrensibus peculiis persuasisse. *argum. l. 9. ff. de his qui sunt sui vel alieni jur. l. fin. Cod. de inoffic. testa. ut multa alia, de quibus in l. licet. C. de pact.* Sed in adventitiis ejusmodi nulla causa publica vel fingi, vel ostẽdi potest. † Nec obstat, quod *ex d. Novell. 117. cap. 1.* ob- 54
jectũ est: cùm intelligi meritò debeat de habili subjecto, & de tali persona, quæ stipulanti jure, & secun-

dum juris regulas obligari potest, ac vice versa: cùm actus agentium non sint, nisi in agente benè & aptè disposito, *l.1. Cod. de hered. instituen. §. legari. Inst. de legat.* Hæc autem benè & aptè disposita qualitas in patre respectu filiifa. propter juris civilis regulas & jus potestatis patriæ non est. Idem ad alterum respon-
55 dendum est. † Nam etsi vel ab ipso etiam patre quid acquirere potest, ut & quæstum patris pecuniâ facere, *Menoch. dict. cas. 126.* actionem de eo tamen adversus patrem non acquirit, ne pater contra seipsum filiofamil. in judicio teneatur actionis ac litis exerci-
56 tium concedere, ac vice sua litigare: † cùm sine patre legitimo administratore actionem non rectè in judicium deducat. *l. non solùm. §. filiofa. §§. seqq. ff. de injur. d. l. 7. ibi glos. ff. de obligat. & actionib. Dd. in d. l. lis nulla. per l. 1. Cod. de bon. quæ liber.* Tertium ideò nihil facit: quia hypothecam illam neque conventionis neque quasi-contractus jure, sed legis beneficio ac concessione habet, *ut in d. l. cùm oportet. §. fin. autem. & d. §. fin.*
57 *Cod. de bon. quæ liber. Justinianus disertè testatur.* † Est deinde hypotheca jus in re, non obligatio personalis. *l. 18. Cod. de pignorib.* & tacita ex ipsa re nascitur, non ex conventione. *d. l. cùm oportet. §. fin.* At multis casibus obligatio ex lege & ex re oriri potest, quibus convẽtione non posset, *l. si à furioso. l. furioso. ff. de action. & oblig. l. certi 9. §. quoniam. §§. seqq. ff. de rebus credit. juncta l.*
58 *6. hoc tit. l. 1. l. 3. ff. commod.* † Etsi verò hæc ita sint, si quęratur de stipulatione inter patrem & filium contractâ, si verò cum alio, eoque extraneo, dubium non est, quin filiusfam. promittendo & fidejubendo obligetur, ut & supr. monuimus. *§. item inutilis. Inst. de inutilib. stipulat. l. nulla. l. si ex alio. Cod. quod cum eo qui in alter. l. fin. ff. de actionib. & obligat. l. si dubitet. §. filiusfam. ff.*

de fi-

de fidejusso. Hippoly. de Marsil. ad Rubric. de fidejus. num. 107. l. 3. §. si filiusfam. §. sed si filius. ff. de peculio. † Quamobrem mirum non est, posse filium & patrem duos reos debendi fieri *per l. filiusfam. 39. ff. de action. & obligat.* posse filiumfam. pro patre, *l. si ex alio 9. C. quod cum eo, qui in alte. potest. l. filiusfam. 8. ubi Bartol. Bald. & Donell. C. de fidejusso. l. si dubitet 10. §. filiusfam. eod. l. 2. §. & filius fidejussor. ubi Dd. ff. qui satisda. cog.* & vice versa, patrem pro filio fidejubere. *l. si mandator. C. quod cum eo qui in alte. potest. Hippol. dict. num. 107. 108.* † Nec huic contrarium est, quod *in dict. l. 2. §. 1. ff. qui satisda. cog.* dicitur, *si quis his personis fidejussores judicio sistendi causa dederit, qui agere non potuerunt, frustra esse dationem.* Quæ verba quidam ita accipiunt: hunc non posse fidejussorem judicio sistendi causa fieri; qui ipse in judicio experiri non posset. unde hoc conficiunt brocardicum: *qui non potest in judicio agere, non potest pro alio fidejubere.* Atqui filiusfam. non potest agere sine consensu patris. *l. fin. §. sin autem. C. de bon. quæ liber.* Ergo nec fidejubere pro patre. † Item, principalis & accessoria obligatio non potest concurrere in eadem persona, *l. generaliter. ff. de fidejussor.* atqui pater & filius sunt una eademque persona: non ergo invicem fidejubent. Item, patri adversus filiumfam. & vice versa, non datur mandati, vel negotiorum gestorum actio: sed ex fidejussione alterutra nascitur actio inter reū principalem & fidejussorem ob solutionem. Ex defectu igitur hujus effectus, arguitur defectus causæ; nempe patrem pro filio fam. & vice versa non fidejubere. † Primum igitur illud argumentum nititur falsa expositione *dict. l. 2. §. 1. ff. qui satisda. cog.* ut vel inspectis hujus responsi verbis, palàm fit. Hoc enim vult JCtus, si quis illi, à quo in jus vocatus, fidejussorem

59 60 61 62

dederit, qui omnino agere non potest; ut si impubes sit, vel furiosus, aut servus, vel deportatus, vel sine venia in jus contra edictum vocatus, cui fidejussor dabatur; tum talis fidejussor, qui alioquin firmiter obligari potuisset, obligatus nō erit: quia causa nulla hic principalis affulget, cui possit accedere. Manifestum igitur est, Jurisconsultum arguere personam in jus vocantis, non fidejussoris dati. Error interpretationis natus est ex diversitate lectionis: sed Florētinam puto sequendam: deinde ex constructionis equivocatione, ut ex gloss. ibid. notum fit. Quòd si nolimus de lectionū varietate vel intellectu ambiguo contendere; & largiamur sensum talem esse, qualem vulgò traduntur: illud restat dicere, non absolutè illud procedere, sed solummodò in servo: cùm filiusfam. penitus non prohibeatur in judicio agere: imò multis casibus audiatur: *ut gloss. ibid. & Dd. ad l. fin. §. fin. hoc tit. Hippoly. de Marsil. de fidejusso. num. 307. annotant.* Deinde alterum, ex supra declaratis expo-
63 sitionem admittit. † Non enim absolutè nec respectu extraneorum, sed modo quodam, & sui relatione mutua, quo ad domestica negotia, permittitur verum, quòd pater & filiusfam. censentur una eademque persona. *Bartol. ad d. l. si dubitet 10. §. filiusfamil. ff. de fidejussor. Felin. ad c. afferte. extra. de præsumpt. vers. not. 2. fac. l. 3. ff. ad SC. Maced. l. filiusfam. 39. ff. de action. & oblig.*
64 *Hippolyt. de Marsil. de fidejusso. num. 308.* † Postremum rejicitur à Donello *ad d. l. 8. C. de fidejusso.* Non enim effectus illius causæ deficit simpliciter, & absolutè. Quod si faceret, præsupponeret quoque, nullam causam præextitisse: sed deficit, ex consequente, nempe ob alteram illā regulam, qua, quo ad se & inter se pater filiusque familiās pro una eademque persona ha-

habentur. Igitur quo ad alteram regulam, de qua *in d.l.filiusfam.39.ff.de action.& oblig.dict. l.si dubitet 10. §. filiusfa.ff.de fidejussor.*& respectu extranei, apud quem fidejubet pro patre filiusfam. vel contrà, pater pro filiofa.effectus non deficit,*d.l.2.§.& filius. ff. qui satisdar.cog.dict.leg.8.Cod.de fidejussor.l.nulla.l.si ex alio.C.quod cum eo qui in alte.potest.* † Quamobrem firmitatem 65
causæ præsupponit, & effectum per accidens impediri ostendit,uti etiam accidit,si pro pupillo,vel furioso, aut prodigo obligato quis fidejubeat: etsi quidem cessat mandati actio adversus hunc pupillum,furiosum, prodigum mandantem; tamen fidejussor efficaci obligatione adstringitur stipulatori pro his,ut satisfaciat.*l Marcellus.ff.de fidejuss.*. †Cæ- 66
terùm hæc in filiofam.ita demum vera sunt, si justæ ætatis, & pubertatem assecutus: nam impubes filiusfam.ne quidem autore patre obligari potest.*l.fin. §.1.h.t.*cùm ad hoc inventa & prodita non sit patris autoritas,ut per eam negotia gesta firmentur, sicuti per tutoris autoritatem: & in eo differt potestas patria ab autoritate tutoria,& consensu curatorio: ut satis Gajus expressit *in d.l.fin. §.1.h.tit.* † Sed de eo 67
quæsitum est:si filiusfa.pro patre fidejubeat, possítne cum patre agere stipulator, quod jussu. Distinguit JCtus *in d.l.si dubitet 10.§.fidejussor.*aut sciente, ratum habente,vel jubente patre fidejussit: aut ignorante eo: priore casu agetur: nam etsi pro extraneo patre jubente,ratúmve habente fidejussisset,actioni de eo, quod jussu, locus foret: posteriore non: quia ignorantis non potest videri aliquis jussus. *l.prima.ff. quod jussu.*

VI. CONCLUSIO.

68 EAdem † ratione nec dominus à servo, vel contrà rectè stipulatur.

l. si quis pro 56. §. 1. ff. de fidejussor. §. item inutilis. ubi Dd. Institut. de inutil. stipulat. Hippolyt. de fidejusso. num. 307. Julius Pacius antinom. centur. 4. quæst. 17. quia & hi una eademque persona censentur objus potestatis domi-
69 nicæ. † Cessat in hoc etiam peculiorum differentia: cùm omne ejus peculium tantùm sit profecti-
70 tium. † Nec objiciat aliquis *l. si quis 56. §. 1. ff. de fidejussor.* ubi gloss. quo loco Paulus respondet, *si filius à patre stipuletur, vel servus à domino, nihil actum esse, nec fidejussorem teneri: si verò pater à filio, vel dominus à servo stipulatus sit, fidejussorem teneri.* Hoc enim verum est saltem intuitu actionis de peculio & tributariæ actionis: siquidem in his casibus verbo abutimur, factum magis, quàm jus demonstrantes, *l. nec servus 41. ff. de pecul.* ut deductioni vel retentioni locus esse queat. *l. quod servus 56. ff. de peculio.* Itaque ejusmodi fidejussor non tam pro hac obligatione ex stipulatione, quæ nulla nata, quàm pro retentione & deductione naturali æquitate introducta, præter & con-
71 tra juris stricti rationem acceptus videtur. † Eadem æquitate pactionem pro libertate rectè contrahit, eoque nomine expromissorem (qui quantum à fidejussore, itemque mandatore differat, docet Cujac. *ad. l. & eleganter 8. §. servus. ff. de dol. mal.*) dat, qui ex ea stipulatione statim obligatur, si conditio existat, h. e. servus ille manumittatur. *l. cùm servus 104. hoc tit. l. qui ob pactionem 9. ff. pro empto. l. 4. §. de illo. ff. de usucapion. l. &*
72 *eleganter 8. §. servus. ff. de dol. mal.* † Si verò stipulanti domino quid pro capite suo promittat servus, adeò nul-

nullius momenti hæc promissio est, ut ne quidem vi pacti post manumissionem valeat, vel constitui possit; nisi rursum, data libertate, nova stipulatione iteretur, cujus solius vi, non illius, quæ cum servo contracta erat, tenebitur. *d. l. & eleganter. §. servus. cum ibi nota.* Est enim quo ad jus civile ἀπρόσωπον, & tantùm ex domini sui persona, quo ad tertium χαρακτηρίζεται, autore Theophilo *Institut. de servo. stipulat.* † Hinc 73
est, ut quidem pro servo in peculii, vel judicio sisti causâ possit fidejussor dominus fieri: cùm illo casu quid jubeat; hoc rem suam defendat, *l. si mandator. C.* quod cum eo, qui in alter. potestat. *l. 1. l. 2. §. 1. l. 4. ff. si ex noxali cauſ. agat.* ut contrà servus pro domino fidejubeat, indecorum videtur: nec aliter, nisi ob jussum domini, vel de peculio teneretur. † Nam & aliâs 74
servus apud extraneum fidejubere non potest extra causam peculii, adeò, ut ne quidem naturaliter ipse teneatur; nec dominum de peculio obliget, nisi de eò, quod in rem domini ejus locupletandi causâ vertit: nec extra hanc causam pro ipso servo fidejussor obligetur, *per l. in personam. §. 1. ff. de pact. l. quotiens. ff. si quis caution. judic. sistend. causa. l. 3. §. si filius. §. si servus. ff. de peculio. l. servus inscio 19. l. seq. ff. de fidejussor. Cujac. observat. 11. lib. 8.* † Hæc autem ad colonos conditione suâ 75
propria vel originaria colentes, adscriptitios & similes non sunt porrigenda. Hi enim dominis suis possunt ex stipulatu obligari, & vice versa: cùm potiùs glebam dominam habeant, quàm dominum locatorem. *l. litibus. l. cùm satis. §. 1. §. 2. Cod. de agricol. & censib. lib. 11. l. 2. Cod. in quibus cauſ. colon. censi. dom. accuſ.* † quod & ad nostros Germaniæ servos, vnd leibei- 76
gene, meritò trahimus. Revera enim servi non sunt, sed adscripti glebæ, ac coloni conditione sua vel ori-

ginariâ colentes: nisi quo ad statum & conditionē, quam deserere non possunt: & fugitivi vindicantur, & matrimonia cum ingenuis invitis dominis impunè non contrahunt, partus ventrem sequitur, &c. *l. fin. C. de agricol. & cens. lib. 11. Rofred. Benevent. quæst. 50. Sabbatina. Zasius lib. 1. singul. respons. cap. 3. nu. 76. & seqq.* qui affirmat, veram Romanorum & gentium servitutem Germaniam nunquam vidisse: quo nomine meritò Jehovæ justitiæ nostræ gratias agimus.

VII. CONCLUSIO.

77 *SI† tamen homo liber nobis bona fide serviens stipulantibus nobis promittat, ipse quidem nobis obligabitur, tam civiliter, quàm naturaliter; nos verò contrà ipsi stipulanti promittentes, obligati non erimus.*

78 *l. libero homine 118. h. tit.* † Etsi quo ad jus acquirendi, homo liber bona fide nobis serviens æquiparatur servo, illud tamen ad duos casus restringitur. *§. 2. Instit. per quas person. nob. acquir. §. de his. §. idem placet. Instit. eod. l. qui bona 23. ff. de acquiren. rer. domin.* † Quamvis etiam interim, dum bona fide servit, quo ad bonæ fidei possessorem pro servo est. *dict. leg. qui bona 29. l. quæsitum 40. ff. de acquiren. rer. domin.* tantumque præstat fides bona, & opinio boni illæsæ conscientiæ, quantum veritas ipsa, quo ad jus acquirendi per eum: *argum. l. qui scit 25. ff. de usur. dict. leg. qui bona 23.* revera tamen homo liber permanet, nec conditio e-

80 jus ingenuitatem corrumpit: † quoniam erronea opinio naturæ veritatem non mutavit. *l. cùm falsa. C. de jur. & fact. ignor. l. assumptio. ff. ad municipal.* Itaque hæc persona talis est, quæ civili jure nobis stipulantibus

tibus obligari potuit, meritoque dicitur, errore detecto, ex tali stipulatione obligata possessori stipulanti. † At cur non contrà bonæfidei possessor ob- 81
ligatus censetur huic homini libero stipulatori? Quia, quamdiu bonafide nobis homo liber servit, ex re nostra perinde nobis acquirit & stipulando, & agendo, & gerendo, ac si quilibet alius esset servus. *d. L. qui bona 23. dict. §. de his. d. §. idem placet.* Quo illud eveniret, ut, si nosmetipsi obligaremur ex ista stipulatione circa rem nostram interpositâ, eadem obligatio nobis etiam ipsis promissoribus acquireretur: & nobismetipsis essemus obligati, quod propter actionis & passionis contrarietatem in eodem subjecto simul & semel per naturam non permittitur. *Donell. in d. l. libero homine 118. hoc tit. post Jason. ibid. num. 7.*

† Hinc antiqua illa regula: Quod quisque ab alio 82
stipulando mihi acquirit, à me stipulando nihil agit. *l. sed etsi 25. §. idem Julianus (vulgò est l. si servo.) versic. & regulariter ff. de usufruct.* † Quo & illud verum es- 83
se convincitur, quod Pompon. *in l. is qui 13. §. si libero. ff. commoda.* respondit: *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, habere me commodati actionem; uti & mandati, si jussissem eum aliquid facere.* Neque hoc evertitur *in l. atquin 19. §. si libero homini. ff. de negot. gest.* ubi autore Labeone negatur, *quòd mihi competat mandati actio: quia non libera voluntate exequebatur rem sibi mandatam bona fide mihi serviens:* ergo superesse tantùm actionem negotiorũ gestorum, non ex mandato, sed ipso gesto, sive ex re natã. Quòd si consequens esset, non etiam ex stipulatione ista posset nasci actio ex stipulatu: sed ex negotio gesto in factum utilis. Sed huic manifestò contradicit *d. l. libero homine 118. h. t.* quæ non utiliter, non ex re, sed

directò ex ipsa promissione asserit obligatum. Sed & Pompon. *in d.l. is qui 13. §. si libero. ff. commo.* istam Labeonis rationem nominatim refutat *in versic. nec obstat, quod non, &c.* quia non sit perpetua: cùm multis casibus accidat, ut nihilominus nascatur obligatio præter principalem scopum aliquid agentium: Imò talis hæc persona est; quæ cum effectu obligari potest: nec probabile est, penitus ignorasse statum suum hunc hominem: itaque cùm sciret, vel probabiliter scire deberet, gestum à se non jure servitutis, sed ob bonam domini fidem consistere, videtur tacitè domini fidem secutus, & jure obligationis ex mandati causa fecisse, vel omisisse. Magis itaque est, ut Pomponii sententia vincat: verùm ita, ut utroque illo responso *dict. l. atquin 19. §. 1. dict. l. is qui 13. §. si libero.* inter se collato admoneamur, diligenter esse circumstantias ponderandas; utrum arguant animo mandati expediēdi, quid ab hoc homine geri: an verò simpliciter tantùm negotii expediendi causa: ut priore casu mandati, vel de præscriptis verbis
84 agatur; posteriore de negotio gesto. † Etenim mādatum & jussus domini videntur æquivocationem continere: cùm non omne domini mandatum sit mandati contractus, nec formam mandati habeat, sed imperii dominici. Quæ circumstantiæ cùm secus sint in commodato, & stipulatione (manifestū quippe est, nihil imperii dominici, sed formam contractus habere) meritò in his simpliciter asseritur, ex ipsis contractibus agendum esse.

VIII. CONCLUSIO.

85 *Sed† nec frater à fratre, si uterq; in ejusdem patris fuerit potestate, stipulatur.*

argu. l.

arg. l. frater à fratre. ff. de condict. indebit. ubi Jason & alii Interpp. & Cujacius ad African. tract. at. 9. Duaren. de condictio. indeb. capit. 6. Nam & hi, respectu potestatis patriæ; pro una eademque persona habentur, *per l. si quis 56. §. 1. ff. de fidejussor. l. si Pamphilo 10. ff. de optio. legat. l. non solum 67. §. sed et si filiusfam. vers. nunquid nec fratri, qui est in ejusdem potestate. ff. de ritu nuptiar.* † Ubi cùm traditum 86
sit, neminem posse eam puellam, cujus tutor vel curator est, uxorē ducere, nec filiofamiliâs suo in matrimonium locare; imò nec eam uxorem habere, cujus tutor filius est, subjicitur: *nec fratrem filiusfam. tutoris curatorisve, qui in ejusdē potestate patris est, ducere posse.* † Nec frater in testamento fratris testis esse potest, 87
utinec pater ejus. *§. in testibus. Instit. de testamen. ordin.* tametsi in testamento & negotio extranei duo fratres in ejusdem potestate patris existentes, non obstante, quòd respectu potestatis patriæ pro unâ eademq; personâ reputētur, rectè testes adhibeantur. *l. pater 17. ff. de testib.* † Deinde filiusfam. patri acqui- 88
rit. *l. placet 79. ff. de acquir. hered.* eundemq; obligat. *l. si filiusfam. 21. ff. de damn. infect. l. mandasti 46. ff. de negot. gest.* non minùs quàm seipsum, *l. 8. §. fin. ff. de acceptil. l. filiusfam. 39. ff. de actio. & obligat. l. fin. §. 1. ff. h. t.* † ut qui à fi- 89
liofam. stipulatur, duos habere reos dicatur. *tit. Instit. quod cum eo qui in alter. l. 1 & seqq. ff. eod.* Si ergo frater fratri in iisdem sacris paternis viventi ex stipulatu obligaretur, idem pater, & creditor & debitor esset futurus, quod per naturam est impossibile. *l. heres 21. §. quòd si stipulator. ff. de fidejusso. l. si id quod 21. ff. de libera. lega.* † Confusione etiam debiti & crediti in eandem 90
personam concurrentis tollitur obligatio. *l. Stichum. §. adutio. ff. de solutio. l. Granius 72. ff. de fidejuss.* Itaque naturalis quoque obligatio, si qua esset, post mortē pa-

tris per immissionem hereditatis & peculii profecticii participationem extingueretur. *d. l. frater à fratre.* Deniq; hic contractus juris est civilis, & civiliter obligat, adeò, ut ubi civili jure obligationem nō operatur, nec naturalem quidem, *ut suprà cap. 3. n. 197. & seqq.* Atqui jus civile impedit nasci obligationem inter fratres duos in eadem potestate patria consi-
91 stentes. *d. l. frater à fratre.* † At objecerit aliquis, varietatem lectionis & interpretationum, *ad l. frater à fratre. ff. de condictio. indeb.* ut apud Cujac. *ad African. 9.* Hottom. *in illust. quæst. ad d. l. frater à fratre: & in Appendic.* itē Lescur. Jas. Bart. Zas. Bald. Castrens. *ad d. l. frater à fratre.* Duar. *cap. 6 de condict. indeb.* Joh. Robert. *1. recept. lection. c. 30.* Bellon. *supput. lib. 4. cap. 9.* & alios videre est. Sed nihil huic conclusioni adversatur, sive hujus, sive illius sequaris sententiam, vel emendationem, vel interpretationem. Nullus enim negat id, quod dicimus, fratrem fratri ob patriam, in qua sunt utri-
92 que, potestatem, civili jure non obligari: ideoq; non peti jure actionis: imò q̄stionis esse, an mortuo patre, & ita dissoluta potestate patria solutū possit solvēs frater cōdicere, tanquam indebitū? Omnes asserunt, in illa facti specie ex mutui causa non fuisse debitum & civili & naturali simul, sed tantùm naturali jure, resistente causâ civili, *per l. 7. ff. de action. & obligat. l. 4. ff. de jud. l. naturalis 10. ff. ad SC. Macedon.* Reliqua igitur cùm hujus loci propriè non sint, & majorem indaginem requirant, hic prætereo.

IX. CONCLUSIO.

92 *Furiosi,* † *cæteriq; mente capti, amentes & dementes, neq; stipulari neque promittere jure queunt.*

l. 1. §.

l.1.§.furiosum.ff.de action.& obligat. §. furiosus. Institut. de inutil.stipul.ubi Dd.l.1.§.interdum.ff.de ædilic.edict. Jas.& Decius ad l.furiosum.Cod.qui testament.facer.poss.l.5.ubi Interpp. l.furiosi 40.ff.de reg.jur. Jacob.Philip. Portius 1.commun.conclus.Reg.34.lib.1.Jacob. Menoch.consil.82.numer. 190.& seqq. † Omnium animæ partium princeps est 93
mens & intelligentia, qua solus homo præditus, cæteris antecellit animantibus. † Intelligentię autem 94
actio ducitur à rebus sub sensum cadentibus. † Ab 95
externis; quorum quinq; numerantur, visus, auditus, odoratus, gustus, tactus; moventur sensus interni; quorum tres esse perhibentur, facultas scilicet animæ discernendi, fingendi & recordandi. Harum autem principatum sustinet mens & intelligẽtia, seque in illis & per illas functiones exerit, judicando, ratiocinando, contemplando, consultando, prudenterque agendo: de qua re consulendus est Joh. Fernel. *de animæ facultatibus lib.5 cap.8.9.10.11.* itemque Cornel. Cels. *lib. 3. capit.17. Aristot. problema. sect.30.* Cœlius Rhodigin. *lib.17. antiqua. lectio.c.3.& 4.* Joha. Brech. *ad l. inter stuprum. §. verum. de verborum significat.*
† Itaque, si quæ animæ functio principis hujus fa- 96
cultatis oblæsa fuerit, animi morbus vel symptoma exorietur, & mentis captio, sive alienatio inducetur. *argum. l. generali. §. duas. ff. de usufruct. legat. l. Licinius. §. fin. ff. de legā. 2. l. consilio. §. 1. ff. de curator. furios. l. tam dementis. Cod. de episcopal. audiend.* † Equidem JCti nostri phre- 97
nitin, furorem, dementiam, amentiam synecdochicôs confundunt, unum vel alterum pro omnibus amentiæ speciebus exempli quasi causâ usurpantes, veluti *in dict. l. generali. §. duas filias. ff. de usu & usufruct. legat. dict. l. Licinius. §. fin. ff. de legat. 2. l. consilio. §. 1. ff. de curat. furios. leg. 1. §. interdum. ff. de ædilic. edict. leg. divus. ff.*

de offic præsid. l. furiosum. Cod. qui testamen. face. possi. l. 2. §. idem est. ff. si quis caution. judic. sistend. d. l. tam de mentis. Stephan. Forcatul. in Necyoma. jur. dialog. 33. num. 8. & seqq. Menoch. dict. consil. 82. num. 196. & sequentib. per l. furiosi. Cod. de nupt. l. tam dementis. Cod. de episcop. audien. non minus,
98 quàm pleriq; medici. † Nam & φρενῖτις, interdum apud medicos pro omni affectu, quo mens oblæsa est, accipitur; interdum strictiùs pro resolutione solius phantasiæ, vel phantasiæ & memoriæ. Et licet videantur ab invicem distingui dementes & furiosi *in dict. leg. furiosi. & d. leg. tam dementis*: mox tamen pro eodem accipiuntur, eidemq; juris decisioni subji-
99 ciuntur. † Ut autem causâ variè differunt, sic & re-
100 ipsa & nominibus. † Omnis enim mentis oblæsio est à depravatis, aut infirmatis ejus functionibus.
101 † Depravata functio modò cum febre est, modò sine febre. Cum febre est φρενῖτις, sic in specie, quòd exquisita sit, dicta, quam & furorem vel diliriũ continuũ appellare licet, & παραφροσύνη, quæ non exquisita, sed intermittens, sive delirium grave discontinuum videri potest: cui & ἄνοια adnumeranda.
102 † Phrenitis enim est continua cum febre acuta dementia: morbus, inquam, ex proprio atque primario cerebri affectu; ex inflammatione scilicet & ery-
103 sipelate. † Παραφροσύνη, ut & ἄνοια, non est morbus, sed symptoma plerunque febrium vel aliorum ardentissimorum morborum, cum quibus invalescit & remittit. Ideoq; perspicuis intervallis utitur, nec perpetua est. Horum malorum multæ sunt differentiæ; prout facultates animæ læduntur: Nam interdum facultas sentiendi læditur, parte principe illæsa remanente: aliquando pars princeps tantùm: quandoq; utraque. Pars princeps verò labefactatur

mo-

modò, quo ad imaginationem tantùm; interdum in sola ratiocinatione, aliâs circa memoriam duntaxat. Quidam utroq; vitio laborant, malè nimirum imaginando, & parum probè ratiocinando, quibus & memoria aboletur: & cùm partes illæ in cerebro nõ situ, sed ratione functionis discernant̃, fit ut unâ harum læsâ, omnes debilitatæ observentur, sed una duæve maximè. † Sine febre desipientia, est sim- 104
plex aut melancholica: Simplex fit plerunque ex cerebri nimia inanitione atque imbecillitate principis facultatis, qualis accidit ex vigiliis & immoderato sanguinis effluvio: itẽ à cerebro vehementer perculso vel impulso, unde animalis spiritus & mens pturbatur; nec non ex multa vini potatione, capite nimirum sanguinis vaporumque fervidiorum copiâ incalescente. † Quod notandum est iis, qui li- 105
teris incumbentes, vino ardentiori nimiùm indulgent. Sed & assiduus labor & exagitatio mentis continua cerebrum nimiùm impellens & calore complens, quandoq; huic malo causam præbet: ut meritò sapiens Cato dixerit:

Interpone tuis interdum gaudia curis,
Ut quemvis animo possis tolerare laborem.

† Melancholica desipientia vel cogitat, vel loqui- 106
tur, vel efficit absurda, immania & crudelia, eaq; omnia cum metu & mœstitia. Cujus causa est ater & feculentus humor & vapor in mentis sedem irrepens. Humor ille modò in liene, vicinisq; partibus, modò in solo capite consistit, modò in venas universumq; corpus diffunditur. Unde melancholia alia hypochondriaca eaq; cæteris omnibus mitissima: quia humor & vapor ejus ex ima corporis parte ascendit: aliâ verò primaria, cujus scilicet causa in

capite & cerebro sentitur: & alia, quæ per universum corpus diffusa est: quæ si putrescat, accerset febrim & in phrenesin transit. Hujus igitur variæ etiam species sunt, pro varietate affectus & læsionis. Nam & lycanthropiam, qua laborantes ut lupi ululant, sylvas petunt & ferarum more vagantur; &
107 *μανίαν*, & id genus alia, huc referre debemus. † Maniam specialiùs nostri interpretantur *furorem: Guilhelm. Budæus ad l. 2. de ædil. edict. Menoch. d. consil. 82. num. 19. & seqq.* qua qui laborant, cogitatione, verbo, operéq; melancholicorum quidem deliramenta imitantur, sed iracundiâ, jurgiis, clamoribus, horrendo aspectu, crudelitate & grassandi libidine, qua instar ferarum rapiuntur, penitus accedunt phreneticis exquisitè flava bile exaestata laborantibus. Sed cùm vapor vel humor ille melancholicus in omni melancholiæ specie modò remittat, modò sit intensior: quãdoq; etiã continuus atq; perpetuus: inde etiam est, utnõ semper sit æquè vehemens: interdum etiam sanis utatur æger intervallis. Atque hæc de desipientia per
108 depravationem. † Ex infirmata principis partis functione oritur *μώρωσις* sive stultitia, *λήθη*, sive oblivio, & *ἄνοια*, i. e. amentia: symptomata videlicet potius quàm morbi. Stultitia autem est quædam mentis ignavia torpescens: ut & amentia imaginationis, mentisque occasus atque privatio. Nam stultitia & fatuitas sive *μώρωσις* propriè est, quando simul cum memoria ratio quoque imminuta & infirmata est. Amentia sive *ἄνοια*, quæ & dementia, ea verò est facultatis ratiocinatricis abolitio. Leve verò deliriũ, sive *ἀφροσύνη* est ratiocinatricis tantũ prava motio.
109 † Horum malorum causa modò ab ipso hominis ortu est: modò frigida intemperies omnes mentis

fun-

functiones torpidas segnesque reddens: vel cerebri temporúmve ictus vel vulnus. Si ad hanc frigidam intemperiem accedant etiam humores frigidi ac pituitosi, degenerat in λήθαργίαν, κατάληψιν, καταφοράν & id genus alia. Ab ipso ortu hominis si est; prava cerebri dispositio, vel ejus paucitas in causa est, nec curari potest. Hæc omnia si quis acutiùs intelligere cupit, evolvat libros medicos, ipsius Galeni *lib. 2. symptom. caus. lib. 4. de patientib. loc. cap. 1.* Leonhardi Fuchsii *de medend. morb. lib. 1. capit. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. &c.* Nicolai Pisonis *de cognoscend. & curand. morb. lib. 1. capit. 10. 11. 12. 13. 14. 15.* Johann. Ferneli *de partium morbis & symptom. lib. 5. cap. 1. 2. 3. 4. & sequentib.* Alciat. *lib. 2. parerg. cap. 16.* Forcat. *dict. dialog. 33.* Dd. *in l. Sanum. Cod. de transact.* Covarru. *ad Clem. si furiosi. de homicid.* Bald. *ad l. si furiosi. Cod. de nupt.* Jas. *ad leg. furiosum. Cod. qui testam. facer. poss.* † Hęc verò nunc sufficiant, quæ satis causam indicant, cur hi, (sive appellentur amentes vel dementes, sive furiosi, vel stulti, per ea; quæ *Bald. in d. l. furiosi. C. de nupt. Jason in d. l. furiosum. C. qui testam. fac. poss. scripserunt, & Menoch. d. cons. 82. à nu. 190. usq; ad nu. 210* consulendo approbavit,) neq; promittere, neq; stipulari possint, tametsi consensum suorum adhibeant curatorum. *l. 5. ff. de reg. jur.* Plus enim illis deest, quàm absenti. *l. ubi non voce. de reg. jur. l. 7. §. furiosus. ff. de jur. to dic.* quàm infantiæ proximo, vel pupillo. *d. l. 5 de regul. jur.* cùm mente utantur depravata vel infirma, atq; ita morbosa aut planè nulla, Suppleri potest autoritate & consensu aliorũ legitimo imperfectũ & quotidie augescens judicium: depravatum, insanum & corruptum judicium non item; *arg. l. Fulcinius. §. adeò. ff. ex quib. caus. in poss. eat.* cũ potiùs medicinâ vel cõmiseratione, quàm supplemento opus habeat. Sup-

plentur imperfecta, non etiam insana, depravata & mutilata: cùm nihil naturæ desit, sed morbosa, vitiosa, corruptaque intelligatur, *arg. L cùm prætor. versic. natura. ff. de judic.* † Proinde consensum præbere, vel autoritatem interponere, ut suppleatur imperfectio judicii, oportet in ipso negotio à præsente præsenti. *tit. Institut. de auto. tuto. l. si quis mihi bona. §. 1. ff. de acquir. hered.* † Atqui furiosus & demens pro præsentibus non habentur, si animum spectaveris. *arg. L. coram Tio 209. ff. de verbor. significat.* † At dixeris, si insipientibus, & stultis, ac morionibus, idem jus quod furiosis & mente captis datur, oblæsis succurritur; ne damnum patiantur, alioquin passuri. Verùm non stultis solere succurri, sed errantibus, Paulus respondit. *in L. 9. §. si quis jus ignorans. in fin. ff. de jur. & facti igno.* Respondeo; *stultitiam* modò pro temeritate, modò pro morbo vitioq; poni: *Laur. Tennin. Rudolph. cautel. 25. nu. 11. & sequentib.* de hac posteriore, eaque gravi, non de ista nos agere secundùm Menoch. *dict. consil. 82. num. 195. & seqq. & Johan. Dauth. de test. nu. 220. vers. verum quidem est*: de quo stultorum genere etiam Laur. Tennin. *d. c. caut. 25. nu. 11.* admonet, & de iis consuluerunt *Paris. cons. 88. n. 37. & seqq. vol. 3. Jo. Cephal. cons. 546. n. 49. & 59. Tibe. Decia. Resp. 127. n. 29. vol. 3. Mynsi. inq. ad §. præterea. num. 5. Institut. quib. non est permis. testam. fac.* Nam & istâ significatione temeritatis prudentes & sapientes quandoq; possunt stulti videri, si vel nimium acuti videri velint (Nimia quippe sapientia, plerunq; stultitia est, & nimia prudentia frequentiùs in imprudẽtiam degenerat) vel imprudenter & præter opinionem fallantur. Sic sanè Cicero, cùm fati infelicitate contra Cæsarẽ constitisset se errasse, & Ovidius 2. de trist. imprudẽter lapsum se, q̃ libros amorum scripsis-

pfisset & noxia lumina feciſſet, conqueritur, ſibiq́ue
ſuam hac in parte ſtultitiam exprobrat. † Deinde 114
hæc nos monent de differentia furioſorum & dementium: quòd in his, qui continua mentis alienatione agitantur (veluti, qui exquiſitè ſunt phrenetici, vel primariâ melancholicâ maniâ laborant) hæc concluſio indiſtinctè obtinet: *d. l. divus. ff. de offi. præſid. dict. l. cum prætor. ff. de judic. l. ſi cùm dotem 22. §. ſi maritus. ff. ſolut. matrim. l. 6. Cod. de cura. furioſ. l. humanitatis. Cod. de impub. & aliis ſubſti.* in iis verò, qui notha phreniti, ſive paraphroſyne detinẽtur, vel hypochondrici ſunt, non eſt perpetua: Nam ſi perſpicuis gaudent intervallis, ſanaq́ue mente & judicio, remittente febre, utuntur; non eſt dubitandum, quin intra hoc tempus acta valeant, *dict. l. furioſum. ubi Dd. C. qui teſtam. fac. poſſ. d. l. divus. ff. de offic. præſid. l. quod meo. de acquir. poſſ. dict. l. qui teſtam. 20. §. ne furioſ. ff. qui teſtam. fac. l. cum aliis. §. nos itaque. C. de cura. furioſ.* modò probetur intervallis iſtis tum eum perſpicuè uſum eſſe. *Menoch. d. conſ. 82. num. 220.* † Cæterum indiſtinctè furioſum, & mente ca- 115
ptum ex re obligari poſſe non ambigitur, *l. ſi à furioſ. l. furioſus. ff. de act. & oblig.* cùm æquitas non patitur, ut
alieno damno fiat locupletior. † Quin & aliquo ca- 116
ſu ob evidentem æquitatem bonumq́ue publicum legis autoritate fingitur furioſus conſentire; cùm aliàs nemo abſens & ignorans pro conſentiente habeatur: veluti accidit in nuptiis filiorum, filiarumq́ue, *& dot. repet. §. unde quæſit. Inſtitut. de nupt. l. ſi furioſi. Cæcil. l. tam dementis. Cod. de epiſcop. audien. l. 2. §. voluntatem. ff. ſolut. matrimon.* Quæ fictio, ut ſola autoritate legis fingentis nititur, ſic nec in omni caſu locum habet, ſed ſaltem in iis, quæ non requirunt diſertum & indubitatum conſenſum, neque manifeſtam cõ-

traditionem: nec ad consequentiam, ut jus speciale
117 trahenda. † An autem ex delicto obligetur, quæsitum fuit? Obtinuit, si in ipso actuali furore deliquit, non puniri corporaliter, sed damnum datum compensari: si verò antè deliquisset, aliquando, etiam ipso furoris actu, si perpetuus sit, durante, posse pœnam exigi; non autem facilè id fieri debere, sed sanitatem mentis expectari oportere, *Julius Clarus libr. 5. recept. sentent. §. ult. quæst. 60. num. 7. & 8. Jas. ad l. furiosum. num. 8. C. qui testam. face. pos. Didac. Covarru. in Clem. furiosus. de homicid. Menoch. d. consil. 82. nu. 190. & seqq. usq; ad fin.*
118 *Laur. Tennin. d. cautela 25. num. 15. scribunt.* † Communi autem huic voto se opponit Hierony. Francis. Duacenus *ad l. 5. circa fin. de reg. jur.* contendens, in ipso furore delinquentem furiosum puniri oportere; confidens autoritati *l. 3. §. ignoscitur ff. de SC. Syllania.* ubi servo furioso remittit SCtum Syllanianum pœnam domini non defensi: ergo nisi SCtum nominatim remisisset, ipso jure ex delicto hoc obligatus fuisset supplicio afficiendus. Secundò quòd bruta etiam animalia quibusdam casibus coërcentur supplicio; veluti propter Sodomiam, *can. mulier 15. quæst. 1.* cui & Stephan. Forcatul. *dialogo 33. numero 1. & 2. Necyom.* subscribere videtur: quia plus abest bruto, quàm furioso. Tertiò *per l. divus. ff. de offic. præsid.* ita argumentatur: si furiosus in furore delinquens ideo puniri nō debet, quia ipso furore satis affligitur & punitur, nec afflictio est addenda afflictioni: non equidem ipso jure à pœna immunis est furiosus, sed ex commiseratione: atq; per cōsequens jure regulari puniri debet. Sed prius ita se habet *per dict. leg. divus.* Ergò & posterius. Minorem amplificat etiam voce *dissimulare. in d. l. divus.* Quartò Forcatulus urget illa *in d. l. divus.*

ver-

verba: *consules nos, ut æstimemus, an per immanitatem facinoris, si cùm posset videri sentire, commiserit; supplicio afficiendus sit.* Quibus illud indicari credit; immanitatem criminis in ipso furore perpetrati efficere, ut æquè puniatur, ac si sana mente perpetrasset: quia eadem immanitas & feritas pœnæ subjicit brutum. *d. c. mulier.* Sanè si immanissimum & planè bestiale sit crimen, cujusmodi parricidium & sodomia est; potest interdum videri per simulationem fieri. Nec enim adeò depravata mens putatur ilicò, ut omnem omnino humanitatem deposuerit. † Verùm ex hac 119
præsumptione, quam solam *in d.l. divi Impp. in vers. consules nos.* urgent, non statim regulare jus colligetur, ac si ob delictum immane furiosus sit omnino pœna affligendus: alioquin Impp. non jussissent de eo inquirere, singula diligenter observare & ad se referre, ut ex circumstantiis æstiment, an per dissimulationem vel verum furorem tam inhumanissimum & immane delictum commiserit; ut tum pœnæ subjiciatur, si constare potest ex circumstantiis, quod senserit, h.e. intellexerit, se matrem interficere: non sine fraude & malitia. Eoque totum spectat rescriptum *in d. l. divus.* Quibus ita declaratis, facilè appa- 120
ret, non multum argumenta illa urgere. † Nam, quod dicitur *in dict. l. 3. §. ignoscitur. furiosos excipi nequaquam dubium esse:* manifestè arguit, non speciali SCti illius beneficio, sed communi jure furiosos ab hac pœna eximi: alioquin de iis dubium esse potuisset, cùm SCtum eos non expressisset: aut si expressisset, Ulpianus non dixisset, *furiosos excipi non esse dubium;* sed *ignosci furiosis;* uti SCto illo specialiter ignoscitur his, qui ætate defecti, qui surdi, & qui cæci.

X. CONCLUSIO.

121 *PRodigus,† cui bonis interdictum est, stipulando quidem sibi acquirit, promittendo verò non obligatur.*

l. is cui 6. h. tit. l. furiosi. ubi Dd. de reg. juris. Dd. ad l. is cui 18. ff. qui testament. face. poss. Felin. in c. pastoralis. extr. de judic. Nam cùm prodigus neque modum neque finem habeat expensarum. *l. 1. ff. de curato. furios. l. his qui 12. §. non est novum. ff. de tuto. & curat. dat. ab his qui jus dand.* parum quo ad usum recti judicii & rationis à furioso
122 distat. *dict. l. furiosi 40. de reg. jur. ubi Dd.* † In furioso & mente capto quidem mentis vel depravatio, vel imbecillitas, atque ita morbus aut symptoma animi in causa est, cur non sapiat, nec sapienter sentiat, vel judicet. At in hoc homine etsi mentis sanitas est, morum tamen depravatio corrumpit hujus sanitatis usum, ut instar ejus sit, cui ipsa mētis functio vel cor-
123 rupta est, vel infirma.† Itaque ex eo, & similitudo, & dissimilitudo utriusque cuique per se liquet: nec mirum est, cur furiosus, ne quidem stipulando, sibi acquirat; cùm nesciat quid agat, quídve loquatur; prodigus verò stipulando alium sibi obliget. Siquidem rem meliorem faciendo non abutitur, nec depravatè utitur mentis judicio: & in eo instar pupilli est. *l. certi 9. §. sed etsi ei. ff. de reb. cred. si cert.* qui cùm & ipse alicujus sit judicii, licet imperfectioris, in eo, quod bene & in suam utilitatem agit, rectè egisse censetur; *argum. l. certi 9. §. quoniam. ubi Dd. ff. de reb. cred. si cert. pet. Eberhar. à Middelburg. in loco legal. 73. à mino. ad furios. prodig. Interpp. ad l. his qui. §. ult. ff. de tuto. & curato. dat. ab his qui. & ad dict. l. is cui 18. qui testament. face. poss. facit l. Julia-*
124 *nus. ff. de curato. furios. & dict. l. his qui. §. ult.* † Quin &

doli

doli capax est prodigus, cùm plerunque nimia luxuria per se dolus aliquis sit, & improba machinatio. Ideoque nec de eo dubitatur, prodigum cui bonis interdictum est, ex delicto & dolo suo malo obligari. *Eberhard. in d. loc. 73. à mino. ad furiosi prodig. Dec. Ducaenus Francus & alii ad dict. leg. furiosi 40. de reg. juris. Emanu. Soaretz commu. opin. verb. prodigus à bonis. num. 329. Antonius Gomez variar. resolut. tom. 3. cap. 1. num. 75. Julius Clarus §. ult. lib. 5. sent. quæst. 60.* † Cæterùm, quo ad alienandum & se obligandum contrahendo, non solùm civili, sed & naturali ratione instar hominis insani est. Stultè sit enim ejus judicium, si mores & usum respicias: nec naturali rectè utitur ratione, qui tam insanis moribus in res suas grassatur. † Quid igitur, an prodigus neque civiliter neque naturaliter obligatur? Hæc sanè quæstio in diversas partes agitata est: aliis affirmantibus, aliis verò negantibus. Utilitas autem hujus quæstionis in eo consistit, ut si saltem civiliter non, at naturaliter obligari constaret, posset fidejussor intervenire & cum effectu obligari. *l. 6. §. 1. l. Græcè 8. §. 1. l. fidejussor 16. in princ. & §. fidejussor. l. Marcellus. ff. de fidejusso.* nec solutum prodigus conditceret. *l. naturaliter 13. l. seq. l. si non sortem. §. indebitum. §. libertus. ff. de condict. indeb. l. naturalis. ff. de action. & obligat.* nec constitutum effectu suo careret. *l. 1. §. debitum. ff. de constit. pecun. §. de constituta. Instit. de action.* Sed cùm hæc omnia in prodigo, cui bonis interdictum est, secus se habeant. *l. 6. hoc titul. Felin. in dict. cap. pastoralis. extr. de judic.* nisi locupletior factus, & dolo malo in rem alienam grassatus sit. *l. pupillum. de reg. juris. ubi Dd.* obtinuit, prodigum ne quidem naturaliter ex promissione suâ obligari. *dict. l. 6. h. t. l. certi 9. §. sed etsi ei. ff. de reb. cred. Bartol. Castrens. Jason, Bald. Cujac. & alii ad d. l.*

125

126

6. h.t. tum quòd, quo ad usum judicii, comparari solet furioso, *d.l. furiosi 40. de reg. jur.* tum quòd, quo ad obligandum sese, similis habetur pupillo imperfectione judicii laboranti. *d.l. pupillum:* & qui rectè nescit uti judicio per morum insaniam, quid distat ab
127 eo qui planè nequit uti? qui planè nō utitur? † Cùm perinde sit aliquid non fieri, vel non rectè fieri. *l.1. §. in quibus. ff. quod cujusque univers. l. quoties. ibi gloss. & Dd. ff. qui satisda. cogun. §. ult. Institut. de satisda. tutor. Wesenbec. §.1. num.7. Instit. de exhered. libero.* Nec facessit negotium, quòd quidam in diversam partem euntes, cōtendunt: prodigum non natura, sed interdicto vel legis, *l. is cui lege 18. ff. qui testa. face. poss. l.1. ff. de cura. furios.* vel magistratus, *fas. in d.l.6. num.9. & 10. h.t.* à bonorum suorū administratione repelli: utramq; verò interdictionem esse civilem & civilis juris; ideòq; naturale jus & vinculum illud ex mutua voluntate contrahentium enascens minimè hac juris civilis subtilita-
128 te impediri, *arg. §. pen. Institut. de jur. natur. gent.* † Imò verò non ita prorsum hæc interdictio politica est, ut nihil habeat naturalis rationis. Nam naturale jus, sive gentium hoc dictat, hoc suadet, ut tam improbo homini, tam petulanter in res suas grassanti, tam nequam homini & in naturalem liberalitatis parcimoniæque honestæ legem impudenter peccanti, ob perditos hos mores bonis interdicatur: & quod à natura inchoatum est, id edictum legis ac magistratus perficit. An non ideo, quòd naturali ratione & judicio haud rectè utitur, bonis ei interdicit publi-
129 ca autoritas? † Nec adeò immutabile est jus naturale, ut nihil propter aliam naturalis æquitatis regulam in se publica autoritate mutari patiatur: quin potius sæpe inferioris gradus regula cedit superiori,

uti

uti jus privatum naturale juri naturali publico, quemadmodum doctè Wesenbec. *in dict. §. penult.* post alios declarat. *Instit. de jur. natur. gent. & civili.* Sic nec illud aliquid momenti habet, quo Donellus *in dict. leg. 6. h. tit.* utitur, nempe pupillum naturaliter ex promissione sua obligari: quia consentire potest, & consensu eoque solo naturalis constituitur obligatio. *l. 3. ff. de obligat. & action.* atqui pupillo magis, quàm furioso æquiparari prodigum. *dict. l. pupillum. de reg. jur.*† Etenim pupillum ex promissione suâ na- 130
turaliter obligari negamus, ut infr. dicetur, cùm naturali etiam modo sit pupilli judiciũ imperfectum, adeò ut impubes filius fam. neque solus, neque autore patre possit obligari naturaliter, tametsi pubes factus, solus etiam obligaretur, *l. fin. h. tit.* † Sed nec re- 131
ctè in contrariam partem adfertur *l. Marcellus. ff. de fidejusso. Marcellus scribit*, inquit Ulpianus, *si quis pro pupillo sine tutoris autoritate obligato, prodigóve vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei* (fidejussori scilic.) *non subveniatur*, (dando exceptionem ex persona rei principalis, *juxta l. exceptiones 7. de exceptio.* vel doli, ac si cupiat dolo locupletior fieri creditor damno hujus fidejussoris, *argu. l. 2. §. 1. de exceptio. rei jud.* vel certè petat, quod quaqua exceptione elidi posset. *d. l. 2. §. & generaliter de except. dol. mal.* vel denegando actionem ex stipulatione) *quoniam* (q. d. non propterea, quoniam) *his* (ita pro pupillis, furiosis, & prodigis, sine autoritate vel consensu tutorum ac curatorum intercedentibus) *mandati actio non competit*: vel, quasi dicat, ideo magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam ex mandato non habuissent illi cum eo actionem, etiamsi mandato de fidejubendo non paruisset suscepto: cùm autem jam sponte suâ intercesserit, non

debet propterea alius defraudari, qui fidem illius potiùs, quàm prodigi, vel pupilli, aut furiosi secutus est. Vel ita etiam exponi potest, ac si *in vers. quoniam.* removeat tacitam objectionem: videri enim poterat fidejussorem obligari pro his non debere, ob id, quòd non esset regressum habiturus adversus pupillum, furiosum, prodigum: Sed non obstante illâ ratione, cum effectu obligari, cùm sibi imputare debeat fidejussor, quòd pro his intercessit, quos scit vel scire debet sibi obligari non potuisse ex mandato.

132 † Quid igitur, an pro prodigo, cui bonis interdictū est, promissore ex Marcelli sententia rectè fidejussor intercedit? an Ulpianus *in dict. l. Marcellus.* sibi ipsi & ei quod *in d. l. 6. h. tit.* respondit, contradixit? Duarenus sanè putat recitari opinionem Marcelli *in dict. l. Marcellus.* non autem approbari; cùm *ex d. l. 6.* constet Ulpianum diversum sensisse, nempe fidejussorem non obligari: & cur tam contraria responsa in Pandectis sint relata, culpam ejus transfert in Treboni-anum ejusque collegas. At eadem facilitate dici posset; imò verò *in dict. l. 6. h. tit.* recitari opinionem Sabini: inscribitur enim, *Ulpianus libro primo ad Sabinum*, in quem notas scripserat: non autem approbari, sed magis illam Marcelli sententiam *in dict. leg. Marcellus.* utpote quam hac Marcelli autoritate comprobat. Notum quippe est, solere Ulpianum, Paulum Modestinum sententias suas, utplurimum autoritate aliorum stabilire. Verùm magis est, ut dicamus Ulpianum ex Marcello *in dict. l. Marcellus.* non absolutè de prodigo promissore differere, ac si tantùm promittendo aliquo modo obligaretur, etiamsi nulla alia causa subsit: sed exemplo furiosi, & pupilli sine tutoris autoritate obligati arguitur, quòd de eo prodigo

agat,

agat, qui ex ipsa re, quòd fortasse locupletior factus, aut successit alii obligato heres, cùm effectu obligatus est, non de simplici promissore.† Furiosus enim, 133
ne quidem curatore autore, vel consentiente obligatur. *l. 5. ff. de reg. juris.* tantùm ex re ipsa, qua locupletior fit, ipso jure obligatur, *l. furiosus. l. si à furioso. ff de obligat. & actio.* vel si res ejus gerantur, vel cui heres factus sit. *l. impuberem. ff. de furt.* Tum tandem pro furioso fidejussor interveniens obligatur. *l. si à reo 70. §. si à furioso. ff. de fidejussor.* Cùm ergo de his tribus exemplis simul junctis à Marcello eadem proferatur decisio, oportet quoque eandem decisionis causam adfuisse: alioquin jus ex alteratione factorum variaret. † Majus autem dubium hîc occurrit, utrum lege 134
& ipso jure bonis prodigo sit interdictum; an verò magistratus tandem decreto intercedente? Hujus dubii hic effectus est, ut si dicamus ipso jure, nullo magistratus expectato decreto, bonis prodigo interdictum esse, ex ipsis dissolutis moribus, nullas vires haberet quicquid ab eo temporis momento, quo dissolutè agere, & sua prodigere inutiliter cœperit, contraxisset, vel gessisset, aut fecisset ad bonorum administrationem pertinens: secus si decretum magistratus expectandum foret. † Ipso jure, 135
nullo expectato magistratus decreto, bonis prodigo interdici ex ipso statim momento corruptorum morum, voluit Accurs. Fulgosius, Petr. de Bellapertica, Imola *ad l. is cui 18. ff. qui testament. face. poss.* Faber *ad §. furiosi. Institut. quib. permis. non est testament. face.* Alexandr. *ad leg. 6. hoc tit.* eamque Donellus *ibid.* tuetur, & communem asserit Antonius Nicellus *in glos. concord. 70.* Hi potissimùm ejusmodi nituntur rationibus. Initiò mores ejusmodi hominis conten-

dunt nemini posse ignotos esse; quippe qui in facto omnium oculos incurrente consistunt: argum. ejus, quod Joseph. Mascard. *de probat. volum. 2. conclus. 1104.*

136 *num. 4.* † Notorium autem & decretum pari passu procedere: nec ideo in notoriis ulteriore magistratus decreto vel autoritate aut probatione opus esse. *Jas. ad dict. l. 6. num. 9. h. tit. arg. l. quid tamen. §. si arbiter. de recept. arbitr. leg. cùm prætor 12. de judic. leg. 1. §. 1. ad SCtum Turpillian. Joseph. Mascard. de probat. conclus. 1107. volum. 2.* Deinde *ex l. 1. ff. de curato. furios. l. is cui 18. ff. qui testam. fac. pos. l. 5. ff. de acquir. hered. §. furiosi. Institut. de curator.* ita argumentantur. Illis, ajunt, locis asseritur lege fieri interdictionem: At quod lege fit, nullam hominis operam, nullum magistratus factum requirit. *l. in suis. ubi gloss. ff. de liber. & posthum. l. ea quæ 6. Cod. famil. herciscund.* Exemplo sit legitima tutela, quæ ipso jure proximo agnato incumbit, & periculo agnati cessat, etiamsi nihil de administratione ejus decretum sit, *l. legitimos 5. ff. de legit. tutorib.* item successio legitima, *l. 3. §. de illo. ff. pro socio, l. illud. ff. de acquirend. hered. l. capitis. ff. de suis & legitim.* Quin etiam infamia juris ipso jure, nulla etiam sententia vel decreto intercedente, ex solo facto notat, *l. palàm. ff. de ritu nuptiar.* Idem ergo & de hac interdictione constituendum

137 est. † Rursum urgent verba *d. l. 1. ff. de curato. furios.* ex quibus ita colligunt: Aliud est bonis interdicere, aliud curatorem dare eidem, cui jam bonis interdictū est: Atqui *in dict. l. 1.* dicitur *lege* XII. *tabularum bonis interdici prodigo: curatorem verò ei hodie dari à prætore vel præside; quod tutoribus quidem ab initio introductum fuerat.* Ergo curatorem quidem hodie priùs non accipit, quàm is decreto magistratus detur: bonis autem ei statim lege interdictum est, à momento corruptorum

tum morum. Quin imò olim ex lege & bonis ei interdicebatur, & proximum agnatum curatorem habebat absque etiam magistratus decreto, *per dict. leg. 1. §. ff. de legit. tutor.* Etsi verò hodie moribus & magistratuum usurpatione illi legis parti, quæ erat de curatore legitimo, derogatum est; altera tamen pars salva permansit; cùm aliud sit legi derogari, aliud abrogari, *l. derogatur 102. de verbor. signification.* & quod non mutatur, cur stare prohibetur? *l. sancimus. Cod. de testament. leg. præcipimus. Cod. de appellat.* Quartò furiosus in curatione agnatorum esse & bonorum administratione carere jubetur, non minùs, quàm prodigus. *l. 1. l. 2. l. 5. l. 16. de curator. furios. §. furiosi. Institut. de curator. l. 5. l. furiosi 40. ff. de regul. juris.* † Furioso autem à magistratu bonis ut interdicatur, ne- 138
cesse non est, sed propter legis jussum ob furorem in continenti bonorum administratione caret. *dict. l. 5. cum ibi nota. a. l. furiosum. Cod. qui testament. face. pos. ubi Dd.* Idem ergo de prodigo affirmare decebit. † Quin- 139
tò pupillis & minoribus comparatur multis modis, veluti *in leg. 3. Cod. de restitut. in integ. min.* Atqui hi bonorum administratione destituuntur etiam dum nullum intercessit decretum, nec curator datus est, eò, quòd lex Lætoria eos in cura esse jubet, & administratione bonorum interdicit, *per l. 1. de mino. dict. l. 3. Cod. de restit. in integr. mino. Duarenus & Donellus post veteres prope omnes ad l. puberes 101. h. tit.* Sextò lege Lætoria minoribus bonis interdictum est, ob inconsultã ætatem, ob defectum & lubricum consilii, nec ejus ulla cognitio desideratur, nec ullum de eo decretum exigitur: Satis est ita lege constitutum esse. Atqui prodigo ob eandem, nempe insaniam mentis & lubricum consilii, lege XII. bonis interdictum est: cùm

itaq; idem jus ibi ſtatui debeat, ubi eadē affulget ratio; de prodigo quoq; affirmabitur, quòd bonis lege ei adeò interdictum ſit, ut nullum eo nomine decretum expectare putetur neceſſe. Septimò, interdictū, quod à magiſtratu fit, aut utile erit prodigo aut inutile. At ei utile non eſt, cùm ante illud obligaretur, atq; ita damno adficeretur: inutile igitur erit: ſed utilia non inutilia, jure poſtulantur. Octavò, ſi quod decretum hîc exigeretur, non illud interdictionem bonorum efficeret, ſed exequeretur legem, hoc eſt, quod jam priùs lege eſſet, hoc declararet, ita in hoc retrò obtinuiſſe & fuiſſe: ſicuti ſi quis ſuus heres peteret ſe heredem pronunciari: Non enim ſententiâ heres fieret, nec ex ſententia hereditatem obtineret: ſed quod lege eſſet, retrò fuiſſe quoque declararetur. *argum. §. ſui. Inſtitut. de hered. quali. & differen. l. cùm putarem 36. ff. famil. herciſc.* † Denique eadem
140 eſt cujusque rei ratio conſtituendi, quæ tollendi aliquid. *l. nihil tam naturale. de reg. juris.* Interdictum verò prodigi tollitur ſine magiſtratus decreto, & ob recuperatos frugalitatis mores ipſo jure ſtatim abolетur. *l. 1. §. 1. ff. de cura. furioſ.* Itaque ſine magiſtratus decreto etiam ob ſolos mores ipſo jure prodigus con-
141 ſtituetur. † Contrarium autem longè frequentiore calculo placuit Bartol. Jaſ. Alexand. Caſtrenſ. Duar. Cujac. *ad l. 6. hoc tit.* Jul. Clar. *recept. ſentent. lib. 1. §. teſtamentum. quæſt. 43.* Baptiſt. à Villalo. *verb. prodigus. num. 322.* Viglio Zuichem. *ad §. item prodigus. Inſtitut. quib. non eſt permiſſ. teſtamen. fac. num. 3.* Vivio *lib. 1. opin. concluſ. 247. & opin. 248.* Etenim *ex dict. l. is cui 18. ff. qui teſtamen. face. poſſ.* de prodigi teſtamento aſſeritur id teſtamentum, quod interdicto priùs fecit, valere: ergò etiam ante interdictum aliquando prodigus eſt: ſed

hæc

hæc prodigalitas ut non nocet testamento, priusquam quoque interdictio à magistratu procedat; sicnec conventioni nocebit. Idem Ulpianus ex Juliano probat, per prętorem bonis interdici prodigo. *leg. Julianus. de curator. furios.* & Paulus *libr. 4. sentent.* mulieri quoque luxuriosè viventi bonis posse interdici, tametsi in lege tantùm fiat masculorum prodigorum mentio, tradit, addens ex edicto, in bonis curatoris prodigo quidem non dari hypothecam propter administrationem: sed consequi eum hoc privilegium ex decreto *l. & mulieri 15. ff. de cura. furios. prod.* sed & Tryphoninus *in l. si furioso 16. vers. sed utrum. ff. eod.* prodidit, patrem posse curatorem testamento ad hoc dare, ut ejus volũtatem prætor sequatur, ei, cui, nisi pater aliquid cavisset, prætor bonis interdicturus esset. Gajus itemque *in l. pater 27. ff. de mino.* statuit, agnatos & affines adolescentis nomine postulantes in integram restitutionem audiendos non esse, quàm si ex voluntate adolescentis postulent; aut ejus vitæ sit, ut meritò etiam bonis ci debeat interdici. Quo quid aliud Gajus significat, quàm quòd aliquis possit prodigus esse, & dilapidator bonorum, cuitamen nondum sit bonis interdictum: atque ita non statim ex ipsa morum pravitate, decreto haud expectato, censeri quem, cui sit lege bonis interdictum, sed ita demum, si magistratus, cujus illud est, decreverit. Audiamus rursum Ulpianum *in l. certi 9. §. quoniam. §. sed et si. ff. de reb. cred. si cert. peta.* ubi instituit docere, quosdam esse casus, quibus condictio certi ex numeratione competit, non autem ex stipulatione ejus pecuniæ causa cõtracta, & vice versa. Ejusmodi est, quod de eo adfert, qui quidem suam numeravit pecuniam, sed alii eandem reddi stipu-

latus est: item si quis pupillo autore tutore numeraverit, & pòst sine ejusdem autoritate ab eodem stipulatus sit: ejusmodi est, si numeratum stipuler à te sub impossibili conditione. His casibus addit & illum: *numeravi tibi sordidè & intemperanter viventi: pòst tibi interdicitur bonis; & mox à te numeratam priùs pecuniam stipulor: quæritur an & ex mutuo & ex stipulatione condictio nata sit?* Ulpianus affirmat *ex numeratione, quæ antecessit interdictum, ortam esse certi condictionem: ex stipulatione, quæ secuta est, agi non posse, tanquam inutili.* De Divo Pio relatum est, quòd matris querelam de prodigis liberis admiserit, jusseritq; ut illi in cura essent. *l. his qui 12. §. fin. ff. de tuto. & cura. dat. ab his?* Qui si ipso jure prodigi ita fuissent, ut eis esset bonis interdictũ, non amplius opus fuisset matris querela, nec digna
142 ut ab Imp. admitteretur. † Neque verò credendum est *in d. l. his qui 12. & d. l. Julianus.* de nihilo JCtos de-
143 creti prætorii mentionem fecisse. † Cõfirmatur hęc etiam sententia autoritate Canonica *in cap. veritatis. extr. de dol. & contuma.* ubi notorium erat, Episcopum dilapidare bona ecclesiæ, nullum modum nullumq; finem expensarum servare: at pontifex, eo non attẽto, decernit, *priùs hoc examinari, deinde, re cognitâ, bonis interdici fas esse.* Quod etsi non multum ad præsentem inquisitionem facit, qua quid ex lege x 11. Tab. antiquis Romanorum institutis & JCtorum testimonio conveniat, investigamus, non tamen præterire debebat, tum ut eò magis de veterum Interpp. sententia simus certi, tum ut quid nunc maxi-
144 mè obtineat, haud ignoremus. † Nonò extat formula interdicendi apud Paulum *lib. 3. sent. tit. 4.* Moribus, inquit Paulus, per prætorem bonis interdicitur: *Quando tua bona paterna avitáque nequitiâ tuâ disper-*

dis,

dis, liberosq; tuos ad egestatem perductis, ob eam rem tibi ea re commercioq; interdico. † Decreto opus esse rursum ar- 145
guunt duo egregia exempla apud Valer. Maximum: quorum alterum est Qu. Fabii Maxi. Allobrogici *lib. 3. cap. 5.* cui Qu. Pompeius prætor ob perditam luxuriâ vitam & prodigalitatis mores paternis omnibusq; bonis ex lege interdixit: quod & Scipioni Africani filio accidisse fertur. Verba Valerii Maximi hæc sunt: *Quod ei Q. Pompeius prætor Urbanus paternis bonis interdixit; neque in tanta civitate, qui illud decretum reprehenderet, inventus est: dolenter enim ferebant homines pecuniam, qua Fabia gentis splendori servire debebat, disjici. Ergo quem nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit.* Hæc ille. Alterum extat *libr. 8. cap. 6.* de Gajo Licinio cognomine Hoplomacho ejusque patre: *Ne illos quidem,* inquit, *latere patiamur, qui quæ in alios vindicarunt, ipsi commiserunt. G. L. cognomine Hoplomachus à prætore postulavit, ut patri suo bonis, tanquam ea dissipanti, interdiceretur: & quidem, quod petierat, impetravit. Sed ipse parvo postea tempore mortuo sene ampla ab eo relicta talisundia festinanter consumpsit. Dignus hac vicissitudine pœna fuit, quoniam heredstatem absumere, quàm heredem maluit tollere.* † Verba legis 146
XII. Tabularum non extant; & variè recitantur: Probabilius existimatur fuisse hunc in modum concepta: *ut qui prodigus existeret, ei prætor bonis interdiceret, inq; ejus pecunia agnatorum gentiliumq; potestas esset.* Quod quidem moribus olim erat introductum, sed postea legibus comprehensum. Nam ab Athenienſibus potiorem accepisse legum XII. partem in confesso est. † Apud Athenienses autem nemo prodigus ha- 147
bebatur, nisi quem Areopagitæ talem declarassent, & ex lege bonorum administratione interdixissent:

idque exemplum docet tragici poëtę Sophoclis à filiis in judicium vocati, ut à rei familiaris administratione juxta legis præscriptum removeretur: quòd, propter studium, rem familiarem negligere & malè gerere videretur. Cic. de senectute. Horatius item q; lib. 2. Sermon.

interdicto huic adimat jus
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

148 † Quibus autem bonis interdictum erat, quodammodo ignominiosi sunt habiti, nec cum equitibus potuêre in quatuordecim ordinibus sedere: Ideoq; probabile nõ est, vulgi opinioni permissum lege fuisse, sine causę cognitione, censere quem prodigum, & cui bonis interdictum esset. Est sanè prodigalitas facti, & ex tali proficiscitur facto, quod pro varia personarum, rerum, temporum, causarum, qualitatum, quantitatum, evẽtuum, locorum circumstantia potest, non tam vitium, quàm virtutem sapere, liberalitatem scilicet vel magnificentiam: aut si vitium fuerit, non continuò prodigalitas, sed intemperantia quædam aut luxuria brevi evanescens erit; ut contrà tenacitas faciliùs in hoc, quàm in illo, avaritia, non parcimonia judicatur: id quod libri Ethici, & præsertim Aristotel. *libr. 4. ad Nicomach. Ethic.* te docere possunt. Imò non rarò dominis permissum est rebus suis intemperanter abuti. *l. in re. ubi Dd. C. mand.* Est quoque factum naturâ non permanens, sed plerunque transiens & interpellatum: quippe cùm ætate, loco, tempore, personarum cõditione mores sæpe mutantur. At quæ facti non sunt permanentis, sed transeuntis; non præsumuntur, neq; notoria cẽsentur ita, quin debeant adhuc probari. *Joseph. Mascard. d. lib. 2. conclus. 1105. nu. 14. 15. 16.* Necessaria ergo est

causæ

causæ cognitio, ut priùs de morum luxuria permanente ex variis causarum figuris constet: pòst declaretur juxta legis præscriptum prodigus eique bonis interdicatur, *arg. l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turpil. l. ubicunq; 105. l. in ambiguis 85. §. fi. de regul. jur.* † Inter Philosophos 149
controversum est, utrum supremum imperium penes legem esse debeat, an verò magistratum. Plato in lib. de regno & lib. 6. polit. Aristot. 3. polit. Obtinuit autem, legē oportere mutum esse magistratum, & magistratū, legem loquentē: in utroq; consistere *τὴν σωτηρίαν τῆς πόλεως. Arist. d. lib. 3. polit.* Quod & in hac quæstione verum arbitror. Etenim lex magistratui regula & norma est, ex qua & cujus vi bonis prodigo interdicat. † Quin, ut suprà *in cap. de fine stipul.* 150
etiam diximus: Omnia, quę magistratus facit, aut jure magistratus, aut speciali aliquo jure facit. *l. 1. l. 3. l. 4. l. ult. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. & c. ff. de jurisd. omn. jud. l. 6. §. tutoris. ff. de tut.* Quæ quisq; jure magistratus facit, jurisdictionis plerunque sunt, & mandari possunt; imò mandatâ jurisdictione ad mandatarium transeunt, *dict. l. 3. d. l. ultim. ff. de offic. ejus cui mandat. dict. l. 2. l. 5. & l. 6. ff. de jurisd. omn. jud.* cætera non item, *dict. l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. dict. l. 5. & l. 6.* quia neque imperii sunt, neque jurisdictionis, sed ejus, cui specialiter lege, SCto, constitutione, vel moribus etiam dantur. *dict. l. 6. §. tutoris. dict. l. 1.* † Et 151
cùm electam habeat personæ industriam, alii committi non potest. *dict. l. 1.* † Eadem consideratio ca- 152
dit quoque circa interdictionem bonorum prodigo faciendam. Hæc enim non cuivis magistratui, sed in urbe, consuli ac prætori; in provinciis, proconsuli & præsidi permissa est: olim quidem moribus; dum Respublica Romana adhuc sine certa lege

administrabatur, mox ex lege duodecim tabularū: ex qua etiam curatores accipiebat, proximos agnatos; sed hodie, huic etiam solent ii, qui jus interdicendi habent, curatorem dare ex sua jurisdictione. *l.1.l.2.l. Julianus 10.l. sæpè 13.l. penultim. ff. de curato. furios. §.*
153 *furiosi. Instit. de curato.* Ulpianus *in fragm. titul. 12.* † Itaque sententia *dict. leg. 1. ff. de curat. furios.* hæc esse videtur: lege XII. Tabularum, hoc est, speciali legis illius jure & concessione, non autem jure magistratus, posse prætores prodigo bonorum administrationem interdicere; eosque legitimos habere ex eadem lege curatores. *dict. §. furiosi.* idque ab initio Reipub. ante legem XII. tabularum moribus introductum, pòst in legis necessitatem relatum: hodie verò solere prætores & præsides etiam curatores dare, ex-
154 emplo furiosi; ut etiam Ulpi. *d. t. 12.* declarat. † Quod itaq; primò objiciebatur, nemini mores prodigi ignotos posse videri, negando refutatur: cùm id in facto æquivoco, quod pro variis causarum rerum, temporum, locorum, personarum circumstantiis varias admittat interpretationes, interpellationes & mutationes, consistat, ut ex Aristot. *lib. 4. Ethicor. ad Nicomach. gloss. & text. in Lin re. C. mand. cum similibus* ex
155 Mascardo & aliis demonstravimus. † Deinde notorium non semper assimilatur sententiæ, autore Jasone: paria quidem sunt in declarando & manifestando, sed non quo ad omnes effectus. *Jas. ad l. sed etsi. §. item si. ff. de jure jur.* Hîc autem non de modo manifestandi & declarandi, sed de effectu quæstio est.
156 † Ad secundum respondetur, tum demum leges factum hominis nullū requirere, quando quid prorsum sit juris, ut nihil facti habeat: ubi verò ex facto ejusque cognitione quid dependet, secus est, *per d. l.*

ubi-

ubicunque 105. l. in ambiguis 85. §. fin. ff. de reg. jur. Atqui hîc necessariam esse facti notitiam ob ejus varietatem & perplexitatem, ante asseruimus. Unde exempla de legitima tutela & hereditate, de infamia, &c. huc non quadrare arbitror. † Est & alia inter- 157
pretatio *d. l. 1. de curator. furios. d. l. 6. h. t. l. is cui 18. ff. qui test. fac. pos.* non, inquam, illa: *legi fieri interdictionem*, nulla intercedente causæ cognitione, nullo magistratus facto interdictionem expediente: quid enim lex est sine executore? quid executor sine lege? Sed hunc esse sensum, dixi, prætorem & præsidem lege, h. e. jure speciali à lege dato, *juxta d. l. 1. l. 2. l. 4. l. ult. ff. de offic. ejus cui mandat. d. l. 6. §. tutoris. ff. de tutel.* non jure magistratus bonis interdicere. Hanc interpretationem non parum urgent exempla ex Valerio Maximo allegata, Ulpianus *frag. tit. 12.* & quòd eandem habent inscriptionem. *d. l. 1. de curato. furios. l. is cui 18. ff. qui testa. fac. pos. l. 6. hoc tit. l. 5. ff. de acquir. hereditat.* ideoque se mutuò declarant. Eadem interpretatione diluitur tertium; cùm initium *dict. leg. 1.* non magis excludat factum magistratus, quàm subsequentia exigunt, quo ad curatoris dationem. Imò verò etsi olim proximus agnatus ipso jure fiebat curator prodigi statim ob interdictam administrationem, nõ tamen ex eo consequens est, interdictum quoq; ipso jure à lege intercessisse: siquidem quis proximus agnatus esset, facillimè apparere poterat; nec quicquam odii, vel infamiæ habebat, nec tam perplexum vel varium factum videbatur: At omnia secus circa interdictum. Ideoque cùm magistratus necessariò intercessit, ut prodigus declararetur, & ei ex lege bonis interdiceretur, quid vetat dicere? propterea quoque recessum esse ab altero legis capite, & jubebat cura-

torem fieri proximum agnatum; & permissum hodie, ut magistratus det curatorem prodigo, quia & ei bonis, ex lege licet, interdicit? atque ita in utroq; legis capite par ratio spectetur: quæ alioquin fuêre
158 diversa & distincta capita? † Deinde consequens nec illud est; *Lege*, hoc est, ex lege bonis interdicitur prodigo: Ergo ipso jure sine prætoris decreto: cùm multa ipso jure fieri dicantur, quæ tamen factum requirunt humanum, ut latè Mynsing. *ad §. 1. Institut. de exhered. lib.* Jacob. Menoch. *de arbitrar. jud. quæst. l. 2. cas. 220. num. 6.* Unde nec ita rectè colligitur: curatorem prætor hodie dat prodigo, cui bonis interdictum. Ergo bonis ei non interdicit, sed ipsa lege ei jam tum interdictũ est, ex quo cœpit sua dilapidare. Nam ut duo hæc distincta legis capita fuêre, ita quoque distinctam habuêre proprietatem. Deinde mens Ulpiani *in d. l. 1.* non est, quasi derogatum sit legi in una parte: sed hoc voluit: *lege* XII. *Tabularum*, hoc est, ex lege *bonis prodigi interdici*, eidemq; proximos agnatos gentilesq; curatores dari: hoc utrumq; olim moribus fuisse introductum, pòst lege sancitum: sed hodie non solùm proximos agnatos gentilesque, sed alios etiam, quos prætor vel præses voluerit, curatores fieri: eò quòd his ex lege & moribus competat jus dandi curatores: ut ita hodie possit prodigus habere honorariũ curatorem, pos-
159 sit & legitimum à prætore datum habere. † Quartò etsi in multis æquiparantur prodigus & furiosus; in multis tamen differunt: & cùm illa comparatio utriusque confecta sit secundùm quid, non autem simpliciter, ut suprà vidimus; mirum videri non debet, cur in prodigo hîc aliud, quàm in furioso receptum sit. Deinde furioso ipsa natura, non lex admini-

miniſtrationem bonorum adimit, quod ipſe Donellus alibi etiam profitetur. Eadem ratio eſt quinti argumenti: cùm etiam pupillis & minoribus imperfectio naturæ obſtet potiùs, quàm decretum aut mores, vel factum adeò æquivocum. Quin ita retorquere licebit: pupillis & minoribus ipſo jure nō, ſed iſtis per naturam, his per magiſtratum, dum dat eis curatorem, adminiſtratio bonorum adimitur. Ergo nec prodigo ipſo jure, &c. Hinc & ad ſextum parata reſponſio eſt: nempe non ipſo jure legem Lætoriam minori adimere adminiſtrationem, niſi pupillus ſit, qui, quod videt, neque ſcit, neque intelligit, *l. fin. ff. de jur. & fact. ignor.* aut curatorem acceperit: *l. lex. Cod. de adminiſt. tutor. l. 3. Cod. de reſtitut. in integr. minor.* Cauſa autem in pupillo per naturam perſpicua & certa eſt: ſed non in prodigo. † Septimò etſi prima fronte ita videatur; revera tamen ei hoc decretum valde prodeſt: tum ne facilè ignominiæ exponatur; tum ut habeat potiùs ex teſtamento heredem, quàm inteſtatus decedat: neque etiam facilè amittet ob aliquem bonorum ſuorum abuſum legibus non ilico prohibitum, adminiſtrationē & teſtamenti factionem. *d. l. in re. Cod. mand.* Scimus etiam, quàm præcox & fallax judicium vulgi ſit, cui non bene ſine diligenti cauſæ exploratione fides datur. † Habet præterea beneficium reſtitutionis in integrum ex edicto vel minorum vel majorum ob generalem clauſulam. *Faſ. ad l. 6. num. 12. hoc tit. per l. patri. ff. de minoribus. ubi gloſ. facit l. ſi quis cùm ſciret 8. ff. pro empto. l. ſi verò 12. §. ſi adoleſcens. ff. mandat.* non tamen, quia ipſo jure bonorum adminiſtratione careat ob luxurioſam vitam; ſed quòd mala fide, ejus, qui luxuriam iſtam non ignorabat, nec eam impe-

160

161

diebat, sed augebat, videbatur circumscriptus, & deceptus. *d. l. si quis 8.* Octavum etsi largiremur, tamen nihil aliud probaret, quàm magistratus ac legis concursum, & quòd utriusq; imperia ad idem ὑποτέλεσμα constituendum coirent: nec tamẽ retrò propter decretum intelligeretur prodigus, sed ex eo tandem quo talis pronunciatur; ut disertè *in d.l. is cui 18. ff. qui testam. fac. pos. l. 9. §. quoniam. & seqq. de reb. cred. si cert. pet.*

162 innuitur: nec id immeritò: † cùm prodigalitas non in jure, sed facto consistat: quippe, quòd sit habitus quidam vitiosus in actione consistens: ideoque

163 exempla non sunt huic similia. † Ad postremũ quidem contendere quis posset cũ Bernhard. Waltero *lib. 1. miscellan. c. 38.* imò, ut recipiat bonorum administrationem, & è numero prodigorum eximatur, opus esse contrario decreto. Sed cùm hæc ejus opinio falsa meritò judicanda, propter *d. l. 1.* magis est, ut dicamus, genere causam procreantẽ & destruentem unam eandemque esse, non autem specie: cùm destructio sit procreationi contraria, nec fiat ea solùm per generationem, sed etiam per putrefactionem: & motus utriusque varius inveniatur. Sic pactũ, quo emptio-venditio resolvitur. *l. 1. l. 2. C. quãd. lic. ab empt. reced.* nunquam est specie eadem causa, cum emptione-venditione; licet genere conventionis eadem esse videatur. *l. 1. l. ab emptione. ff. de pact.* Sic acceptilatio: qua tollitur stipulatio, genere remoto, & materiâ eadem est cum stipulatione: sed stipulatio pri-

164 ùs non est. † Sunt & plures causæ aliquid destruentes, quàm constituentes. Nam & solutio, & præscriptio, & pactũ de nõ petendo, & transactio, & novatio, & acceptilatio, & jusjurandũ finiunt emptionẽ-venditionem: cùm tamen unica hac conventionis

fór-

forma generetur, per consensum scilicet de merce ac precio. *§. 1. Institut. de obligat. ex consens. §. 1. Institut. de empt. & vend. ibi Schneid. Wesenbec. Mynsing. Faber. Angel.* Faciliùs etiam ejusmodi interdictum ob odium ejus remittitur, quàm decernitur. *argum. l. Arrianus. ff. de obligat. & action.* Et hæc in tantùm vulgò vera creduntur, ut si cui à prætore bonis ob luxuriosam vitam interdictum fuerit; sed immeritò: quia non perpetuò, sed uno atque altero casu res suas dilapidare videbatur, aut potiùs magnificus vel liberalis pro personæ ac rerum conditione fuit, vel amore pecitus paulisper modum & finem servare non potuit: interim hic tamen promittendo & testamentum conficiendo nihil agat, donec interdictum ex sanitate morum dignè apparente cesset & aboleatur. *Viglius ad §. item prodigus. num. 4. Instit. quib. non est permis. testam. fac. Castrens. ad l. 6. h. tit.* † Quod ob publicam 165
decreti autoritatem, quæ pro veritate habetur, meritò placuit, *arg. l. pen. vers. prator. ubi Dd. de just. & jure. l. ingenuum 25. de statu homin.*

XI. CONCLUSIO.

EBrius, † *qui usq; ad alienationem mentis poculis obrutus, ex stipulatu non obligatur.* 166

glos. ad c. unusquisque. verb. quod ebrius 22. quæst. 4. per text. in cap. sanè 15. quæst. 1. Roman. in l. 1. circa princ. h. t. Alex. & Bald. ad l. dolum. C. de dol. mal. Andr. Tiraquell. de pœn. mitig. caus. 6. num. 8. Nescit enim quid loquatur, quid faciat, nec absimilis est mente capto, prodigo & infanti, qui contrahere nequeùt. *d. l. 1. §. furiosus. ff. de oblig. & action.* Nam, *fœcundi calices*

Contracta quem non in paupertate solutum
fecêre? cui mentem non dimovere? *c. venter 35. distinct.*

Andr. Gail. observat. 110. num. 22. & seqq. lib. 2. animique
167 exilium ingessêre. *Andr. Tiraquel. d. caus. 6. nu. 3.* † Itaq; ebrii valde, pro absentibus habentur, juxta illud Publii Mimi;

Absentem lædit, qui cum ebrio litigat.

Imò plus tali ebrio abest, quàm absenti, cùm consentire nequeat capto & abalienato animi judicio.
168 † Hinc si quis me domum suam ad prandium deducat, ut inebriatum ad contrahendum inducat, eoque prolixa ebrietate promisero, non solùm exceptione doli mali hæc promissio elidetur, sed & ob nullitatem ex defectu legitimi consensus: *Bald. ad d. l. dolum. C. de dol. mal. in fin. Roman. & Alexand. prædictis locis.*
169 † Cæterùm si is, qui dolo alium studuit ebrium reddere, ut ad contrahendum induceret, circumveniatur ab eodem, non par ratio est, nec eum ebrietas liberabit ob doli replicationem, ut nec in delicto juvaret, si vel culpa vel dolus ebrietatem præcessisset, *Gail. d. observ. 110. Andr. Tiraquel. d. caus. 6.*

XII. CONCLUSIO.

170 *ET si † pupillus, nisi infans sit, stipulari, h. e. alium sibi stipulando obligare potest, promittere tamen & ex stipulatu obligari sine tutoris sui autoritate non item:*

§. pupillus. Institut. de inutil. stipulat. l. 1. §. huic. l. obligari 43. l. pupillus 59. ff. de action. & obligat. l. 1. in princip. ubi Donell. Duaren. & Alciat. post Jason. & Bartol. l. si pupillus 127. ubi gloß. Bartol. Jas. Castrens. Donell. Cujac. hoc tit. l. 2. §. fin. l. 5. ubi Dd. de reg. jur. tit. Institut. de autor. tutor. cum ibi notat. l. 1. §. 1. ff. de administr. tutor. l. neque 7. C. hoc tit. l. 1. C. de inutil. stipul. l. obligari 9. ff. de auto. tutor. l. servo. §. pupillo. ff.

ad SC.

ad SC. Trebellian. l. 1. in fin ubi Bartol. ff. de novatio. Dn. Herman. Vultejus lib. 1. discept. cap. 16. Nam si infans sit, loqui non potest. † Infans enim quasi sine fando dictus, *l. 1. ff. h. t. dict. l. 1. §. 1. ff. de administ. tuto.* M. Varro. *lib. 3. de ling. Latin.* Nihil itemq; intelligit, etiamsi paulatim fari incipiat, *l. fin. ff. de jur. & fact. ignor. l. infans. ff. ad l. Cornel. de sicar.* & pro absente reputatur. *l. coram Titio 209. de verbor. signif.* Quod adeò verum putatur, ut neq; mater infantis, neq; alius quispiam. *l. mulier 70. ff. h. t.* imò ne servus quidem præsenti stipulari, vel ex stipulatione infantem dominum ita, ut ex jussu teneatur, obligare possit, *Donell. ad d. l. 1. num 12. 13. h. tit.* cùm illi mandare, huic jubere non valeat, deficiente intellectu. *Donell. d. num. 12. & 13.* † Neq; verò illa 172
verba *in d. l. 1. vers. si quis. h. t. Si quis igitur ex his* (muto, surdo & infante) *vult stipulari, per servum præsentem stipuletur, & acquiret ei ex stipulatu actionem*; item *si quis obligari velit, jubeat, & erit, quod jussu, obligatus*: generaliter sunt accipienda, sed ad habile subjectū restringendam nempe ad eum accommodanda, qui mandare, qui jubere nutu vel sermone potest; quia animi judicio valet, nec ignorat, quod agitur, negotium; *l. ubi non voce. de reg. jur.* Infans autem neq; nolle, neque velle habet, *d. l. infans. ff. ad l. Corn. de sicar. l. si. ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. §. huic. ff. de action. & oblig.* † Ideoque nec il- 173
la plurium opinio recipienda est, posse infantem per per se vel servum suum præsentem à tutore, *rem pupilli salvam fore?* stipulari, *per l. 2. & l. 6. ff. rē pupill. salv. for.* Nam fari eū posse *in d. l. 2. & d. l. 6.* requiritur, qui pupillus sibi rem suam salvam fore, à tutore vult stipulari, licet non intelligat, quid illud sit, quod agit. Et aliud est, *non intelligere quid agatur*, aliud, *non intelligere, quid ipsemet loquatur.* Etsi infans interdū fari potest,

tamen illud ipsum, quod fatur, non tantùm ipse nō intelligit, sed nec ab aliis intelligi apertè potest; cùm verba ejus sint imperfecta, mutila, distorta. Qui verò major infantiâ utiq; intelligit, quid loquatur, & ab aliis, nisi mutus sit, aut vitio linguæ hæreat, rectè intelligi potest, tametsi ipse non semper, quid agat, intelligat. Quamobrem *d.l.2.& d.l.6.ff.rem.pupill.salv. for.* exaudiēdæ sunt de infantia majore, qui & infantiæ proximus dicitur, non de eo pupillo, qui adhuc infans est, & imperfectè fatur, ut & *in d.§.pupillus. Inst. de inutil. stipul. d.l.mulier 70.h.t.d.l.1.§.huic.§.seq.ff.de act. & oblig.l.5.ff. de reg. jur.* Qui textus generalem hanc de stipulationibus declarationem faciunt: cui standum est, cùm specialius, & ab hac declaratione exceptum apertè aliud non extet, nec expressè secus *in d.l.2.& d.l.6.* cautum reperiatur. Si autem fari non possit, qua infans sit, pro absente haberi debet: ideoque servus ut pro absente, ita & infante præsente rem pupilli salvam fore stipulabitur quidem, at non quasi ipsemet per servum stipuletur, sed quòd servus ei, ut & ignoranti domino stipulationem ac-

174 quirat, *dict. leg. 2. & dict. leg.6.* † Quinimò de infantiæ proximo probabilis erat dubitandi ratio, an sibi stipulando acquirere posset, qui etsi fari quit, non tamen intelligit, quid agat, *dict.leg.1. §. huic. dict. leg.6.ff.rem pupilli salvam fore. dict. leg. mulier 70.* & quò ad id, parum, fatente etiam Justiniano, à furioso distare videtur. Hanc dubitandi rationem satis est removeri *in dict. leg.2. dict. leg.6.ff.rem pupilli salvam fore*, ut etiam sit *in d.§.pupillus. Institut. de inutilib. stipulat. dict. leg.*

175 *1.§.huic.ff.de actionib.& obligatio. dict. leg. mulier 70.* † Quibus locis ostenditur, ut alium sibi talis pupillus obligare possit, utilitatis causa non stricto jure receptum

ptum esse. † Idem receptum est, & in cæteris pupil- 176
lis, non solùm utilitatis causa, sed & quòd incipiunt intelligere negotium quod agunt; licet nondum satis perfectè: satis tamen aptè, quo ad id, ut alium sibi obligent; non autem, ut ipsi sine tutorum suorum autoritate obligentur, *dict. leg. 1. §. huic. dict. §. pupillus. dict. leg. obligari 9. §. is quoque. Institut. quib. mod. re contrah. obligat.* † Nam omnes impuberes regu- 177
lariter creduntur non intelligere id, quod agunt, quoties de ipsorum damno & incommodo quæstio suboritur, *per dict. leg. fin. ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. versic. impuberes. C. de fals. mone. ibi gloss. & Dd.* Et si quid alibi in illis judicii consensusque perhibetur esse, qui infantiam dudum excesserunt, *argum. l. in sponsalibus 14. ff. de sponsalib.* id tamen multis modis imperfectum putatur. *Cic. 1. Offic.* tum quòd ante pubertatem per naturæ ordinem nequeat judicium animi censeri perfectum, ob imperfectionem humorum, corumque indigestum temperamentum: tum quòd ætate indies auctâ augeantur & amplificentur, & ad justam proportionem deducantur etiam ipsa corpora organica: priusquam verò hæc ad justam suam magnitudinem & temperamentum perveniant, nequit animus munia in iis sua rectè & perfectè obire.
† Argumento est, quòd distorta, corrupta vel nimiũ 178
coangustata aut ultra modũ dilatata, vel deformata hæc organa, fatuos, insanos, & stupidos arguunt: de qua re vide annotata *ad l. ostentum 38. de verbor. signific.*
† Argumento est, quòd naturalis animi levitas, & 179
inconsultum, imò verò stolidum sæpissimè judicium in adolescentulis priusquam legitimam ætatem plenè, sive virilẽ assequantur, apparcat propter humorum cruditatem, & membrorum organicorum

180 imbecillitatem, *l.1.l.3.tot.tit.ff. & Cod.de minor.* †Hinc est, quod Tiraquel. *leg. 6. connubial.* affirmat, animi judicium non priùs perfici, quàm potentia generandi accesserit. Hinc est, ut perfectum jam judicium non priùs credatur carere levitate inconsultâ, quàm expleto anno vigesimo quinto: eò quòd tunc generatio virilẽ vim nacta est. Hinc est, ut pleraque possit, qui major est octodecim, vel viginti annis; puta, postulare, judicare, *l.1.§.2.ff.de postu. l. cùm lex 41. ff. de recept. arb. l. quidam consulebant. ff. de re judica.* vindicta manumittere cognitâ causâ, *§. eadem. §. seq. Instit. quibus manumitt. non lic.* arbitrium ex compromisso suscipere. *d.l. cùm lex 41. de recept. arbitr.* quæ non poterit, si sit infra decimumoctavum annum, *dd.ll* quia quo potentior generandi vis in corporib. redditur, eò etiam animi vires fiunt meliores: cùm habilitas generandi sit argumentum perfectionis

181 organicæ. †Hinc esse putat Tiraq. prædicto loco, cur fœminæ citiùs pubescant, & præmaturè judicii quandam perfectionem, nunquam verò satis maturum & absolutũ judicium assequi censeantur: quia, ut facilè & ilicò generandi maturitatem consequũtur: ita etiam faciliùs amittunt, & vis animi judiciiq; dilabit, instar pomorum citò excrescentium & præmaturescentium: vix enim attingunt justam maturitatem. Et huc faciunt, *quæ in §.1. Inst. quib. mod. tut. fi. l.1. C. quando tut. vel cura. esse desin. in l.2. C. de his qui venia ætat. impetra. Bart. & alii interpretes. Theophr. de caus. plant. lib.4.c.9. & c.11. Plin. lib.7.c.4. & lib.5.cap.14. hist. animal. & Aristot. lib.7. hist. anim. c.3. Bald. ad l. qua ætate. ff. qui testam.*

182 *fac. poss. scribunt.* †Sed hîc in quæstionem venit, quo usq; duret infantia, & quando incipiant impuberes fieri infantiâ majores, itemq; pubertati proximi?

Sic-

Sicut enim philosophi de hominis ætate distinguéda variè censuerunt, ita etiam inter JCtos non perpetuò convenit. *Ulpian. in frag. tit. 11. §. 1. Instit. quib. mod. tut. fin. glos. & Interpp. ad c. ult. extra. de eo, qui cogn. consan. uxo. & c. pubes. extra. de desponsi. impub. Anton. Guber. de matrimo. cap. de his qui nupt. contrah. poss. num. 16. Ludovic. Cœlius Rhodig. lectio. antiqua. lib. 10. cap. 61. & 62.* † Ut verò 183 ad nostram revertar disciplinam, satis *in l. si infanti. C. de jure delibe. & in l. 1. §. sufficit. ff. de adminis. tut.* expressum esse opinor, eum dici infantem, qui septimum ætatis annum nondum excessit: cui etiam Jaco. Menoch. *de arbitra. judic. quæstion. lib. 2. cas. 57. nu. 9. 10. 11.* subscribit. † Infantiâ major & infantiæ proximus is 184 mihi videtur, qui infantiam explevit, hoc est, septimum annum absolvit, & octavum ingressus est. *per d. §. pupillus. ibid. Eguin. Baro & Mynsing. Cuja. Inst. de inutil. stipulat. Cujac. Duaren. & alii ad leg. 1. h. tit. Jacob. Menoch. d. cas. 57. num. 12. 13. 14.* † Quamdiu autem dicatur infan- 185 tiæ proximus, & incipiat pubertati proximus fieri, vehementer controversum est. † Nam de eo qui in- 186 fantiæ proximus est, proditum novimus doli capacem non esse; pubertati proximum esse. *l. impuberem. ff. de furt. Lapud Celsum. §. deinde. ff. de dol. mali met. except. cap. 1. extra. de delict. pueror. l. 1. §. an in pupillum. ff. depositi. l. pupillum. ff. de regul. jur.* † Quidam ergo contendunt, 187 impuberes in duo tantùm genera distingui: in infantes, & qui infantiâ majores, eosque ut plurimùm κατ' ἐξοχὴν appellari impuberes, & pupillos, *l. sed etsi quemcunque 5. versic. sed etsi infans. versic. quod si impubes. ff. ad leg. Aquil. dict. §. pupillus. Institut. de inutil. stipulat. l. si infanti. Cod. de jur. delib.* nunquam pubertati proximos: nam qui ita vocantur, esse revera puberes. Sicut enim infantiæ proximi dicuntur illi,

qui infantiam recens excesserunt, & nunc infantes ampliùs non sunt, sed infantiâ majores, *in dict. §. pupillus. l. 1. §. 1. ff. de administr. tutor. l. 3. Cod: de acquiren. poss. juncta l. quamvis 32. §. infans. ff. eod.* ita quoque pubertati proximos appellari, qui ad pubertatem accesserunt, & jamjam masculi decimumquartum ætatis annum, fœminæ duodecimum compleverunt, & decimumquintum illi, vel decimumtertium istæ attigerunt. Et pro hac sententia credunt isti facere autoritatem Theophili *ad dict. §. pupillus. Institut. de inutilib. stipulat.* item quòd proximus sit, quem nemo antecedit; licet nemo eum sequatur. *l. proximus 29. ff. de verbor. significat. l. 2. §. hereditas. ff. de suis & legit. l. ultim. verb. gradus. ff. de gradib. cog. & agnat. §. repetitis. Institut. de servil. cogna.* Et in hanc sententiam inclinat Johan. Robert. *lib 3. animadvers. cap. 23. & 3. notarum cap. 23.* ubi tamen & decimumtertium ætatis annum fatetur proximum pubertati dici, sicut & proximus ætati prætextatę. *l. 3. §. ultim. ff. de liber. exhib. A. Gellius Noct. Attic. cap. 23. lib. 3. §. injuria autem. Institut. de injur.* † Vèrùm hanc opinionem ideò improbamus meritò, quòd pupillaris ætas passim in legibus per hos tres gradus distinguitur; quorum alius est infantum, alius infantiæ transactæ & præteritæ proximorum, alius pubertati nondum inchoatæ proximorum, veluti *in dict. l. si infanti. Cod. de jur. deliber. dict. §. pupillus. Institut. de inutil. stipulat. l. 1. §. 1. ff. de administr. tutor. l. pupillum. ff. de regul. jur. cum similibus.* † Itaque qui decimumquartum annum explevit, & decimumquintum ingressus est, non potest dici impubes, vel pupillus proximus pubertati: quia jam pubes est, & pupillari ætate major: nec ulla comparatio est ejus, qui proximus infantiæ dicitur, & qui proximus puber-

bertati, ut rectè Cujac. *in Anton. Mercator. notis lib. 3. c. 23.* monuit; quia proximus infantiæ dicitur jam delapsæ: impubes pubertati proximus dicitur nondum cœptæ; non πρόσηθ& sed μελλόφηθ&: Quæstio, inquam, est, an sit futurus pubes; non, an jam sit? Contrà, quando de infantiæ proximo agitur, nõ illud quæritur, an infans sit, sed esse desierit? Quo fit, ut nihil huc etiam faciat significatio vocis, *proximus*, de qua *in d. l. proximus 92. de verbor. signif.* †Nihil etiam 190
locus apud Theophilum *in d. §. pupillus. Instit. de inutil. stipulat.* Imò mens Theophili non illa est, quòd proximi pubertati dicantur πρόσηθοι, qui nuper pubertatem egressi sint, sed impuberes μελλόφηθοι, qui puberes sunt futuri.† Secunda ergo opinio est Jasonis 191
in auth. sacramenta puberum. num. 15. C. si adverſ. vendi. & Cujacii *obſ. 4. in fin. lib. 17. & in Mercatore cap. 23. lib. 3. & ad leg. non tantùm. ff. de excuſat. tutor.* Oldendorp. *de uſucapion. tit. de ætat. homin. num. 2.* qui pubertati proximum esse dicunt eum, qui propè ad pubertatem accessit, & brevi, nempe intra semestre, eam assequetur: Illi *per d. l. non tantùm. ff. de excuſat. tut.* hic verò *per l. excipiuntur. ff. ad SC. Syllan. &c.* continebatur. *extra. de deſponſat. impuber.* Sed & illam opinionem meritò refutant Menoch. *d. caſ. 57. num. 26. 27. & ſequentibus.* & Johan. Robert. licet non satis idoneè & nervosè *in d. c. 23. animadverſ. lib. 3.* †Sanè *in d. l. non tantùm. ff. de ex-* 192
cuſat. tutor. ætas hæc non describitur: nec eam describere, vel tradere JCtus intendit: sed quæstio est, de excusatione ejus, qui propter numerum tutelarum se excusat, eò quòd tres administrans tutelas, quarta oneratur: Quia verò una ex tribus illis intra semestre erat finem consecutura per ætatem pupilli, quæ propè ad pubertatem cœperat accedere. Con-

sultus ergo JCtus, utrum excusatio admittenda, necne? Respondet, si brevi speratur tutelæ finis, puta, quòd sex adhuc menses absint à pubertate ejus, cujus se intuitu excusatum putabat, non esse hanc excusationem admittendam. Etsi itaq; eo loci agit JC. de pupillo pubertati proximo, ut hoc Cujacio demus, non tamen inde efficitur, determinari ætatem illam pupillarem, quæ pubertati proxima sit, ut non etiam, qui duodecim vel undecim aut tredecim est annorum, dici queat proximus pubertati; quia de tutela per ætatem pupillarem brevi finienda, exempli gratiâ JCtus ita locutus est, ut non attenderet, utrum is pupillus diceretur pubertati tantùm proximus necne, sed ostenderet, oportere quàm breve esset tempus, veluti sex triúmve mensium, quod nequeat excusari à quartâ tutelâ suscipienda: Etenim si longiùs; puta, anni vel biennii foret, hoc excusaret datum; etiamsi pupillus pubertati proximus dici posset: idque à contrario sensu, ni fallor, arguût Callistrati verba *in dict. l. non tantùm 17. de excusat. tutor. Non tantùm*, inquit, *magnitudo patrimoniorum ineunda est susceptarum trium tutelarum, quæque suscipienda est; sed etiam ætas pupillorum consideranda est: nam si priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, ita ut tantummodò semestre tempus reliquum fuerit, aut eorum, quorum suscipere tutelam cogitur: non dabitur excusatio.* q.d. minimũ prætor non curat. Quare nõ satis est, quod Cujac. urget Callistratum hîc tractare de pupillis, qui *in d. l. pupillum. de reg. jur.* dicuntur pubertati proximi: ut propterea inferre liceat, nullos alios posse proximos pubertati censeri, quàm qui eam ætatem ibi expressam attigerunt: qa hoc tempus omnibus impuberib. pubertati proximis determinare non intendit, sed solum-

summodò per exemplum definire, quodnam hîc tempus breve intelligere oporteret. † Neque verò à 193
sententia & mente JCti, quam ex intentione, & re subjecta, fine & exitu decisionis colligere debemus, *l. 6. §. 1. de verbor. significat.* recedere fas est. † Sic *in dict. l.* 194
excipiuntur. ff. ad SC. Syllanian. refertur, Legatum Trebium Germanum impuberem, quòd propè pubes esset, ultimo supplicio affeciſſe; quòd ad pedes domini cubasset, cùm occideretur, nec domini cædem postea prodidisset. Hîc nihil temporis exprimitur, ex quo tantùm debeat proximitas illa estimari: multò minùs hæc impuberis ætas generaliter describitur; sed qualis fuerit illi' pueri, sive servi, à quo Trebius sumpsit supplicium, indicatur. Supplicio autem subjecit eum legatus ob dolum, qui in ipso argui videbatur ex maligno illo silentio. † Cujacius 195
etiam in Mercatore & aliis locis videtur annale tempus permittere: sed similiter sine textu, & justo argumento. † Tertia igitur succedit opinio eorum, qui 196
tempus ab infantiâ finitâ, hoc est, à septimo ætatis anno completo, usque ad annum pubertati definitum, in duas æquales partes secant, quarum primam tribuunt infantiæ proximis, alteram pubertati proximis. Masculus ergo ex horum opinione intelligetur proximus infantiæ ab initio anni octavi usque finiviſſet annum decimum, & eo ampliùs sex menses: & deinceps usque ad finem anni decimiquarti dicetur pubertati proximus. Fœmina verò pubertati proxima intelligeretur, ex quo annum nonum & sex menses absolviſſet usque ad finem anni duodecimi: eaque opinio fuit Bartoli *ad leg. pupillum. ibid. Cagnol. & alii de reg. juris.* Donelli *in l. si pupillus 127. num. 10. hoc tit.* Hi certant argumento *§. ult. Institut. ex quibus*

cauſ.manu.non lic. ubi Juſtinian.mediam ſimiliter viã circa legem Æliam & Sentiam eligit, quæ non permittebat ſine cauſæ cognitione, atque ita nec per teſtamẽtum manumittere, niſi major eſſet viginti annis dominus: Hoc iniquum viſum eſt Juſtiniano, ut minor viginti, major verò quatuordecim annis poſſet teſtari, non autem in teſtamento libertatem dare: nec tamen æquum putabat penitus à legis ſeveritate recedere: Elegit itaq; plenam pubertatem, quæ media eſſet intra annum decimumquartum & vigeſimum, & ex eo facultatem dandi etiam liberta-
197 tes per teſtamentum permiſit. † Sic *in l.3.§.pen.ff.de liber.exhibend.* proximè prætextati ætatem accedere dicitur ille, qui puberem ætatem ingreſſus eſt: prætextati autem ætas eſt uſque ad annum decimumſeptimum. Sed & aliàs in re dubia, mediam ſolemus viam eligere. *l. & hoc Tiberius. ff.de heredibus inſtit. §.fin. Inſtit.de vulga.ſubſtit. Andr. Tiraquell.de jur.primogen.queſtio.17.opinione 4. num.9.* juxta illud;

——— medio tutiſſimus ibis. Et

——— Medium tenuêre beati:

198 † Sed & hanc non immeritò rejiciunt Zaſius *de Judæor. infantibus baptizand. quæſtion. 2. num.1. & 2.* Viglius Zuichem. *ad §. teſtes autem. num.11. Inſtit.de teſtam.ordinand.* Philip. Decius *ad l.pupillum.de regul.jur.* Jacob. Menoch. *d.caſ.57.num.22. & ſeqq.* Nam non omnium hominum par eſt temperamentum, maturitas, fœcunditas, ingenii & judicii ubertas, educatio, nutrimentum, membrorum organicorum diſpoſitio: nõ idem ubique cælum, eadem regionis utrobiquẽ inclinatio, animi majorum generoſitas, virium & corporis animæve præſtantia, *Ludo. Cœlius Rhodig. dict. cap.*
199 *61. & 62. lib.10. antiquar. lection.* † Eſt deinde diverſa

ratio

ratio *§. fin. Institut. quibus manumittere non lic.* non solùm ob favorem libertatis, verumetiam quòd nulla sit collatio ejus ætatis cum hac pupillari ætate: siquidem ex ipsa natura satis constat, ea ætate plenam incipere pubertatem, *l. arrogato. ff. de adoption. §. minorem. Institut. eodem. l. Mela. ff. de aliment. & cibar. legat.* tum quòd jam semen incipiat esse prolificum. *Anto. Guber. de matrimon. cap. de his qui matrimon. contrah. poss. num. 22. & 23. Aristotel. libro 5. anima. histor. cap. 6. & cap. 14. & politic. 7. cap. 16.* † tum quòd ea ætate multum 200
valent mortales corpore & animo, secundùm Mecœnatem *apud Dion. libr. 52. Cæterùm*, inquit, *in equestrem statum allegendi octodecim annos ætatis habere debent. Hac enim potissimùm ætate firma corporum & animorum habilitas conspicitur.* Sed idem ad impuberum ætatem accommodari non potest. Argumentum ergo à pubertatis divisione ad hanc quæstionem nequit procedere. Sed nec ea, quæ favore libertatis sunt singulariter recepta, ad consequētiam sunt trahenda. *l. jus singulare. ff. de legibus.* † Deinde *in dict. l. 3. §. fin.* 201
ff. de liber. exhibend. describitur ille, qui prætextatam ætatem attigit, seu propè prætextatus sit. Prætextam autem togam Romani decimoquarto anno, dum jam puberes fierent, sumebant, unde sæpe *prætextata ætas* pro *pubertate* ponitur: Deponebant eandem anno XVII. completo, sumptâ togâ candidâ; ut multis probat Menoch. *dict. cas. 57. num. 36. & 37.* Jam enim plenâ pubertatem adepti, paulatim foro se dabant: nam & postulare poterant, *l. 1. §. 2. ff. de postulando*, & judices fieri poterant, licet non cogerentur ante completum annum vigesimum judicare, *l. cùm lex 41. ff. de recept. arbitr. l. quidam consulebat. ff. de re judicat.* & magistratum gerere permittebatur. *dict. l. qui-*

dam consulebat. ibi Duaren. Quo fit, *ut in dict. l. 3. §. penult. proximè prætextati ætatem accedere*, nihil significet aliud, quàm puberem ætatem ingredi; nec potest prætextati ætatem prætextatam dimidiatam, sed inchoatam tantùm significare: & per consequens ad præsentem quæstionem nihil facit regula illa de mediâ viâ in dubio eligendâ: quæ tum demum locum sortitur, quando subjecti habilitas non repugnat, & utrinque par ratio est. Neutrum autem hîc apparet.

202 † Hostiensis autem quartam invehens opinionem *per dict. leg. 3. §. penult. ff. de liber. exhib.* statuit, pubertati proximum esse, cui tres dies à pubertate absunt: motus voce *proximus* & *propè*: quæ significant illud, quod quàm maximè nunc præsens, vel adest, quod conjunctissimum est illi, ad quod referûtur, adeò ut nihil intercedat *per dict. l. proximus 92. de verbor. significat.* Legit deinde *in dict. l. 3. §. penult. de liber. exhibend. Impuberem*: quam lectionem quoque Haloander retinuit. Sed hæc & falsa vocis *proximus* & *propè* nititur expositione & corrupta lectione. Non enim legi potest *impuberem*, sed cum Florentino & vulgaribus *puberem*: alioquin sententia ejus textus non constabit: neque rectè ad ætatem prætextatam, ut ex supradi-

203 ctis liquet, accommodaretur. † Eguinarius ergo Baro quintam introducens opinionem retinuit, in effectu quidem tertiam; ita tamen, ut undecimum annum in masculo, decimum in fœmina expletum requireret: siquidem ita demum proximiores viderentur pubertati, quàm infantiæ. Sed nec illa textu munitur, nec firma nititur ratione, cùm & de illo, qui decem & octo vel novem menses expleviſſet, idem asseverare, quo ad temporis mensuram, optimè posset: imò si unum diem ampliùs excessisset, veri-

tate

tate temporis à momento in momentum numerati optimè gloriaretur, se proximiorem esse pubertati, non verò esse, qui infra illud tempus adhuc constitutus. Quo convincitur, rationem Baronis ad id demonstrandum non satis habere roboris. † Verior 204
mihi cum Viglio Zuichemo *in d. §. testes. num. 11. & 12. Institut. de testam.* Didac. Covarru. *ad Clem. si furiosus. in initio 3. part. num. 5. de homicid. & in epitom. libr. 4. decretal. de sponsalib. part. 2. cap. 5. num. 5.* Johan. Corasio *libr. 6. miscellan. cap. 23.* Menoch. *dict. cas. 57. num. 44. & seqq.* videtur eorum opinio, qui hoc æstimandum ad arbitrium boni viri, hoc est, judicis, *Menoch. in proœmio lib. 1. de arbitra. judic. quæstion.* remittunt. Nam cùm unius temperamentum sit præstantius, alterius deterius; & naturæ regionem varient, & citiùs in hac, tardiùs in illa cæli plaga pubescant humana corpora; ejus arbitrio permittetur æstimare ex variis circumstantiis, quo loco quisque pubes habendus sit, *Viglius in dict. §. testes. num. 11. & 12. Didac. Covarruv. Menochius & alii prædictis locis.* † Sæpe etiam malitia, quæ & 205
prudentia dicitur, ætatem supplet, *cap. 3. c. continebatur. c. de illis. c. fraternitati. c. fin. extr. de eo, qui cogno. consang. uxor. suæ.* † Nam & D. Gregorius in dialogo suo scri- 206
psit, puerum novem annorum suam nutricem gravidam reddidisse, referente glos. *in summ. 20. quæst. 1.* Joh. Andr. *in cap. ult. de eo qui cognov. consang. uxor.* Hostiens. *in summ. tit. de pœn. §. cui confitendum. vers. cui pueri.* Panorm. *ad cap. 1. extr. de delict. puero.* Jas. *in l. pupillari. ff. de vulga. & pupill. substitut.* & D. Hieronymus *in epistola ad Vitalem: Domino,* inquit, *teste, non mentior: Quædam muliercula cùm expositum nutriret infantem, & instillaret cibos, ac nutricis officio fungeretur, cubaretq; cum ea parvulus, qui usque ad decimum jam pervenerat annum, accidit, ut*

plus quàm pudicitia patitur, se mero ingurgitaret, accensa libidine obscœnis motibus ad coitum duceret infantem. Prima ebrietas alterius noctis & cæterarum deinceps fecit consuetudinem. Nec dum duo menses fuerant, & ecce fœmineæ
207 *uterus intumuit.* † Sed & in eadem epistola asseverat D. Hieronymus, ex annorum computatione constare, Solomonem ætatis anno decimo generasse filium Roboamum, & Achazem annorum unde-
208 cim produxisse Ezechiam. † Cùm itaque ex potentia coëundi & generandi pubertas ab impubere ætate. *dict. §. 1. cum ibi not at. Instit. quibus mod. tutel. fin. Ulpianus in fragmen. tit. 11. c. attestationes 10. extr. de desponsi. impub. l. fin. Cod. quand. tut. vel curat. esse des.* & plena pubertas ab inchoata discernatur. *§. fin. Instit. quib. manumitt. non lic.* haud ineptum est, pubertati proximum ex ea quoque potentia æstimari. Siquidem etsi nondum legitimum, hoc est, legibus & constitutionibus definitum pubertatis annorum numerum assecutus, assecutáve est; quod tamen puberum & viripotentum ætati convenit, maximè in iis est deprehendere: ut ita propiùs ad hanc puberem accessisse, & ab illa infantiæ ætate longiùs discessisse ap-
209 pareant. † At, inquies, inspectio corporum, ut ex eorum habitu & virili potentiâ ætas æstimetur, ob turpitudinem ejus prohibita est: & rectè *dict. leg. fin.*
210 *Cod. quand. tut. vel cura. esse desin.* † Sed prudentia, consilii subtilitas, & intellectus, argumento est, quâta sit ætatis ad generandum potentia. Anton. Gube. *de matrim. cap. de his qui matrimon. contrah. pos. num. 50. 51.* cùm mutuis ambulent passibus, & quasi cohæreant, ut supr. diximus. Itaque à doli & consilii capacitate, ut arguitur animi malitia, ita & proximitas illa pubertatis, *l. pupillum. de regul. juris. leg. 1. §. an in pupillum.*

pillum. ff. depos. leg. 13. in fin. ff. de negot. gest. Bartol. ad leg. 2. Cod. de his qui veni. æta. impetra. fac. l. excipiuntur. ff. de SC. Syllan. ac generandi potentia. † Hinc olim Eunu- 211
chum non habebant pro pubere, quàm si decimum-septimum annum suppleviſſet. *Paul. lib. 3. sentent. tit. 4. §. 2.* quia tum demum cupiditas generãdi in eo quædam affulgere incipit, tametsi neceſſariis ad generationem membris deſtitutus nihil poſſit. Verùm hodie cum cęteris maſculis decimoquarto anno pubeſcere intelligitur: non quòd verè pubeſcat; ſed inſtar cæterorum nunc potuiſſet eſſe pubes, quia incipiat in ferociorem impudicitiæ, fraudis, & malignitatis cupiditatem inferri. *l. Eunuchi. Cod. qui teſtament. fac. poſſ. Cujac. d. §. 2. lib. 3. ſenten. Paul. tit. 4. Gubertus Coſta. de matrimon. cap. de his qui nupt. contrah. poſſ. num. 22. Dd. ad d. l. Eunuchi.* † Quibus ita præmiſſis ad eam quæſti- 212
onem accedimus, an concluſio noſtra indiſtinctè obtineat, & pupillus unquam ex contractu, quem tutore non adhibito fecit, obligetur naturaliter, vel civiliter? Controverſiæ cauſam dedit *l. ſi pupillus 127. hoc tit.* ubi fidejuſſor à pupillo promiſſore datus obligatur. Quod ſi hæc pupilli ſine tutoris autoritate facta promiſſio neque naturali neque civili jure conſiſteret; fidejuſſor obligari pro eo non potuiſſet: cùm fidejuſſoris obligatio, tanquam acceſſoria, nequeat exiſtere, deficiente principali. *§. 1. §. in omnibus. Inſtitut. de fidejuſſor. leg. fidejuſſor obligari. 9 fidejuſſor. ff. eodem.* Rurſum *in leg. 1. ff. de novationibus.* pupillum novando ſine tutore naturalem contrahere obligationem, & naturaliter obligari, reſponſum eſſe putatur: in quam ſententiam ibi Bart. plura. In hanc etiam facit *l. ſi ejus pupilli. ff. ad SC. Trebellian.* ubi Mæcianus, *Si ejus*, inquit, *pupilli, cui ſine tutoris autoritate pecu-*

nia credita erat, restituta ex eo SCto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam: & paulò pòst: *& si ejus*, inquit, *mihi sit restituta hereditas, qui pupillo sine tutoris autoritate crediderit, si solverit mihi pupillus, non repetet* &c. cessante ergo indebiti condictione, debitum vel naturâ saltem fuisse fateri oportet. *l. naturaliter 13. l. seq. l. si pœna 19. l. si non sortem. §. indebitum. l. qui invicem 30. ff. de condict. indeb. l. naturales 10. ff. de action. & obligat.* Paulus quoque *in l. si pupillus 21. ad L. Falcid.* respondit, *Si pupillus cui sine tutore autore decem mutua data sunt, legatum à creditore meruerit sub hac conditione, si decem quæ acceperit, heredi reddiderit; unâ numeratione & implet conditionem & liberatur naturali obligatione; ut etiam heredi in Falcidiam imputentur* &c. Idem quoque Marcianus *in Lin numerationibus 44. §. 1. ff. de solutionib.* respondit, ostensurus, quomodo una numeratione possint duæ obligationes dissolvi: *Hoc*, inquit, *evenire, si pupillo, qui sine tutoris autoritate mutuam accepit pecuniam, legatum à creditore fuerit, si eam pecuniam numeraverit: in duas enim causas videri numerare, ut & conditioni pareat & à naturali se obligatione liberaret.* Quin etiam *in l. cum illud 25. §. 1. ff. quand. dies legat.* Papinianus respondit, legatum illud debere, & peti posse; si quis leget: *heres meus Titio dato quod mihi Sejus pupillus debet: qui Sejus pupillus sine tutoris autoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset.* Gajus quoque *in leg. 1. §. huic proximus. ff. de action. & obligat.* de pupillo disserens; *Nam qui loqui*, inquit, *potest, creditur & stipulari & promittere rectè posse.* Et *in l. obligari 43. ff. de obligat. & action. Pupillus*, ait Paulus, *sine tutoris autoritate non obligatur jure civili.* quasi dicat, naturali obligatur, à sensu contrario. Rursum Papinianus *in l. Stichum 95. §. aditio. ff. de solution.* tradit, si creditor ei pupillo, cui sine tutore credidit, heres exsistat,

con-

confundi debitum & creditum, ut ei pro solutione aditio cedat, non solùm pro ea quantitate, qua pupillus erat locupletior factus, sed & qua non erat: solidum enim ex hereditate retinet. At si nullo jure debitum foret, retinere fas non esset. Quibus omnibus hoc effici posse videtur, pupillum, qui loqui potest, sive sit pubertati proximus, sive infantia major, octo, decem, undecim, duodecim vel tredecim annorum, ut stipulari citra controversiam potest, ita & promittere posse. † Contrà pupillum ne 212
quidem naturaliter obligari, probare videtur responsum Neratii *in l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb.* Nam si quod pupillus sine tutoris autoritate stipulanti promiserit, solverit, secundùm Neratium repetitio est: *quia, nec natura*, inquit, *debet*. & Licinius: *pupillus*, inquit, *mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur. l. pupillus 59. ff. de action. & obligation.* & Ulpianus *in l. 1. §. fin. ff. commoda. Impuberes commodati actione non teneri* respondit; *quoniam nec constitit commodatum in pupilli persona, sine tutoris autoritate*: usque adeò, ut etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur: quia ab initio non constitit. Et Gajus *in leg. obligari 9. ff. de autor. tutor.* obligari ex omni contractu non posse sine tutoris autoritate, sicuti acquirere potest, respondit. † In 213
contrahendo consensus desideratur, *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de action. & obligation. l. 1. ff. de pact.* In pupillis non est consensus: & si quis esset, is tamen imperfectus foret, non solùm juris autoritate, qua eis administratio bonorum adempta est, ut jus obligandi sese non habeant, *per leg. princeps. de verb. significat. juncta l. bonorum 49. eod. & l. 3. C. de restit. in integ. mino.* Sed etiam naturâ ipsâ, ut suprà quoq; admonuimus: Nequeunt

ergo sine tutoris autoritate contrahere, ut obligentur: cujus est officiũ jure supplere, quod pupillis per naturam & ætatem deest. Rursum & naturaliter & civiliter obligari pupillos probari videtur *l. 3. §. 1. de negot. gest.* ubi Ulpianus respondit: post Divi Pii rescriptum, qui alterius negotia solus sine tutoris autoritate gessit, conveniri negotii gesti causâ posse: *& in l. 3. ff. commod.* idem Ulpianus. *Sed mihi*, inquit, *videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundùm Divi Pii rescriptum.* Quod ergo hactenus neque naturâ neque jure fuit, Divus Pius primùm constituit & introduxit: cui etiam Ulpianus *in libr. 3. §. an in pupillum. ff. depos. & in leg. 5. ff. de auct. tutor.* adstipulatur. Varias hæc res peperit opinio-
214 nes. † Sunt enim qui putant, diverso respectu eundem pupillum dici obligatum & non obligatum naturaliter: quibus Wesenbec. passim adstipulatur. Nam si ipsius pupilli sine tutore autore promittentis personam, animum, ætatem & judicium inspicias; & cum stipulatore, vel creditore ejus conferas, rectè dixeris obligatum non esse: si verò alium seu tertium tibi proponas; veluti fidejussorem pro eo intercedentem, vel quòd cum alterius injuria fieret locupletior, aut cui compensandum, vel solvendum est aliquid ex causâ lucrativâ, vel quâ aliâ, tum videri obligatum. Prioris generis exempla occurrere *in dict. l. pupillus 59. ff. de action. & obligat. l. obligari 9. ff. de auct. tutor. l. quod pupillus. ff. de condictio. indeb. l. pupillum. de reg. juris.* Posterioris *in l. 1. in fin. ff. de novation. in d. l. si pupilli 127. h. tit. l. illud 25. §. 1. ff. quand. dies legat. l. Stichum 95. §. aditio. ff. de solution. l. 5. ff. de auct. tutor. l. 3. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. de negot. gest. l. 1. §. an in pupillum. ff. depos.* Sed si singula contemplati fuerimus; per omnia

omni-

omnibus non satisfiet. † Alii itaq; contendunt, circa pupilli obligationem non convenisse inter veteres JCtos, Sabinianos & Proculianos: hos negasse, illos affirmasse obligari jure naturali: Proculianum fuisse Neratium & Rufinum: Papinianum verò, Ulpianum & Scævolam secutos esse Sabinianos, & horum opinionem à Divo Pio esse approbatam. Sed cùm ipse Ulpianus & Paulus & Papinia. & reliqui sibi contradicere videantur, nec unum idemque perpetuò respondeant, non video, quomodo hæc sententia retineri queat. † Hoc ergo Cujacius acutissimus perspiciens Martinum glossatorem secutus *in d. l. si pupilli 127.* generaliter asseruit, pupillum indistinctè neq; naturaliter neque civiliter obligari, nisi aut locupletior factus, aut dolo in re aliena versatus sit. *per d.l.3.§.1.ff.de neg.gest.& d.l.3.ff.commod.l.1.§.an in pupillum. ff.depos. l.5.ff.de auct.tuto.l.pupillum. ff.de reg.juris.* Ideoque *in l.1.§.fin. ff.de novatio.l.Stichum 95. §.aditio.ff. de solut.l.si pupillus 127.h.t:l.cùm illud. §.1.ff.quand.dies lega.* subaudiri oportere, locupletem pupillum, contendit: cùm pro re subjecta unumquodque intelligere oporteat, habilitate cujusque præsuppositâ: & ut vulgò ajunt, præsuppositis præsupponendis. Æquitas & ratio hanc sententiam cõfirmare videtur, quæ non patitur quenquam cum alterius damno locupletari. *l.naturaliter. §.fin.l.seq. ff.de condict. indeb.* vel ex dolo & malicia sua quem lucrum sperare. Facit pro hac sententia *dict.l.5.ff.de auct.tuto.* † Facit, quòd ex re non minus obligari dicitur pupillus, quàm furiosus: quia ejusmodi obligatio contingit ipso jure. *l.furiosus 46. ff.de action. & obligation.* † Sed Donellus *in dict. l. si pupilli 127. h. tit.* nostri seculi JCtus incomparabilis, hæc quidẽ in infante lac. Cujacio largitur,

215 216 217 218

adeò etiam, ut ex illo contractu, quo locupletior factus sit, nec infantem obligari arbitretur, solo negotio gesto excepto, ex quo etiam cum furioso actio esse solet. *d.l.3.§.1.vers.& si furioſi. ff.de nego gest.* Nam cùm in infante nullus intellectus, nullusque consensus appareat, nulla quoque ejus ex contractu potest esse obligatio, *per dict.l.1. ff.de pact.Donell.in dict.l.si pupilli 127. num.7. h.tit.* In infantiæ proximo idem statuit *per §. pupillus. Institut. de inutil. stipulat. ibid. num.8.*

219 † Nam in omnibus hîc infanti & furioso æquiparatur *in d.§. pupillus.* duobus exceptis: unum est, ut alium sibi obligare possit; alterum ut autore tutore obligari possit; Utrumq; humanitatis causâ receptũ esse traditur *in d.§.pupillus.vers.sed quod diximus.* Itaque si sine tutore autore promiserit mutuúmve acceperit, infantiâ major, qui & proximus infantiæ dicitur, etiamsi locupletior factus sit, non tamen putabitur naturaliter obligatus ex ista promissione vel numeratione, sed de negotio tantùm gesto instar furiosi actione utili ex Divi Pii rescripto. *d. l.3. §. pupillus. ff. de negot. gesto. l.3. ff.commod. dict.l.5. ff.de autor. tutor.* Et hactenus nullum inter textus & Interpp. pugnam

220 esse Donellus affirmat. † Sed omnem esse disputationem de pubertati proximo *à numero 9.* & deinceps: hunc arbitratur semper, etiamsi locupletior factus non sit, naturaliter obligari: Quod si locupletior factus, hunc etiam civiliter obligari, nõ quidem ex negotio, sed ex ipso contractu. Nec credit huic assertioni suæ generalitatem *l. pupillus 59. ff. de action.& obligation. l.quod pupillus. ff.de condict.indeb.* & similium textuum obstare: neque generalem esse assertionem quæ *in l.1.in fin. ff.de novation. l. si pupillus 127. hoc titul. l.Stichum. §.aditio. ff.de solution. l.illud 25. §.1. ff. quand.*

quand. dies legat. proponitur: sed utramque esse accipiendam pro personarum ætatis, & judicii habilitate, quatenus ea capax sit consensus atque ita obligationis. † Confirmat hanc suam sententiam primò ex eo, quòd pupillus pubertati proximus, cùm doli capax sit, utique consentire queat. Sed ex consensu, naturalis est obligatio. *l.1.ff.loca l.1.l.2.ff.de pact.* Deinde si pupillus pubertati proximus ob id, quòd locupletior factus, civiliter obligatur, *dict. l.3. §.1. ff. de negot.gest.l.3.ff.commod.dict.l.5. ff.de auto.tuto.* utique etiam naturaliter obligabitur ex conventione, qua locupletior factus non est. Tertiò urget *dict. l. 1. in fin. ff. de novation.* ubi promissione pupilli dicitur novari obligatio, ita ut aut civiliter aut naturaliter teneatur: civiliter teneri nequit, quia ex promissione nõ fit locupletior, nisi tutore autore promittat novandi animo. *l.novare 20.§.1. ff.de novation.* Naturaliter igitur obligatus erit sine tutore novans pupillus pubertati proximus. Neque verò de alio, quàm pubertati proximo textus ille exaudire potest; cùm certum jam sit *ex d. §. pupillus.* infantiæ proximum, quo ad sese obligandum, æquiparari infanti. Eodem sensu *d. l. illud 25. §.1. ff. quand. dies lega.* accipi oportere. Nemo enim tam stultus, qui infanti vel infantiæ proximo mutuò det pecuniam. Nec tolerandum est, ut quisque suo arbitrio textus emendet, & particulam *nec*, tollat: quia sit circulo hûc in modum *(nec)* inclusa, in Pandectis Florentinis: quasi verò major fides sit illius circuli, quàm rectæ sententiæ, & receptæ lectionis. In eandem facit etiam sententiam *d. l. Stichum 95. §. aditio. ff. de solution.* Neque verò creditum intelligi potest, & in solutum cedere, nisi debitum sit, & obligatio *per l.10.11. & 12.de verb. signifi.* 221

Adde quòd *in d.l.obligari 43. ff.de actio.& oblig.* dicitur, impuberem sine tutore suo civiliter non obligari:
222 obligatur ergo naturaliter à sensu contrario.† Quod ergo duobus in locis, nempe *in l.pupillus 59. ff.de action. & obligation. & l.quod pupillus. ff.de condict.indeb.* dicitur; pupillum ne naturaliter quidem obligari: & totidem locis obligari, videlicet *in leg.1. §.fin.ff.de novatio. Illud 25.§.1. ff.quand.dies legat.* ita conciliandum est ex Donelli sententia; ut dicamus eundem pupillum pubertati proximum eodem tempore ex eodē contractu dici naturaliter obligatum,& non obligatum diversis rationibus: *obligatum* quidem, *si res spectetur*; in rem enim obligationem esse ex ejus consensu, *dict.l.1. in fin. ff.de novation.l.cùm patronus. ff.de legat.2.* ut secúndùm ejus rei gestæ naturam teneatur tam ipse, quàm ejus accessiones; *non obligatus. persona conditione* ac privilegio, *per leg. interdum.l. quòd pupillus. ff. de con-*
223 *dict.indebit.* † At si locupletior factus, & civili & naturali obligatione obligatur: naturali, ex ipsa re, seu
224 rei gestæ natura; civiliter, ex rescripto Divi Pii.† Est enim actio civilis, quæ ex lege vel rescripto datur. *l. unic. ff. de condict. ex legat.* Nec dici potest amplius *naturaliter non obligatus* personę conditione, quì nunc
225 etiam civiliter tenetur. † Sed hic Donellus multos irretitos retinet, quid velit per *rem* & *personam* intelligere; cùm nulla sit obligatio realis, nulla conventio alicujus rei vel causæ, quæ non sit etiam personalis: ut vel exemplo pignoris probari potest *ex §. final. Institut. quibus mod. re contrah. oblig.* cujus obligationem Cujac. *tractat. 9. ad African. ad leg. frater à fratre. de condict. indebit. mihi fol. 580.* vocat realem, & personali,
226 puta ex empto, vel mandato opponit.† Imò omnis obligatio ex conventione vel negotio substan-

stantiâ suâ personalis est, non realis. §. *primo & secundo. cum ibi notatis. Institut. de obligation. l. 3. ff. de actionib. & obligationib.* † Si ex allegatis Dd. opiniones sunt 227
æstimandæ, ut sunt, teste Bartolo *in leg. non solum. §. liberationis. numero septimo. ff. de libera lega.* Wesenbec. *consil. 6. numero 64. consil. 50. numero 20. per cap. intelligentia. extr. de verbor. significatione.* Tiber. Decianus *responsi. 41. num. 83. Responsi. 6. num. 35. volum. 1.* secundùm allegatam ab ipso *l. naturales. de action. & obligat. dict. l. quod pupillus. & l. interdum. ff. de condict. indeb. l. cùm patronus. ff. de legat. 2. l. quia tale. ff. solut. matrimon.* maximè si conjungatur *l. 7. ff. de exception. l. & heredi 21. §. fin. cum seqq. ff. de pact. l. in omnib. ff. de reg. jur.* & quæ ipse Donellus *in §. omnium. Institut. de action.* disputat, hoc sensisse videtur; distinguendum esse inter ipsum negotiũ sive contractum, aut factum, seu causam, quæ in obligando versatur; & beneficium seu privilegium personæ. † Sunt enim beneficia quædam in rem, 228
quæ & realia appellantur; licet personæ cohæreant & inhæreant: quædam verò in personam, quia personam non egrediũtur, tametsi rem, id est, effectum negotii afficiant. *dict. l. in omnibus. ff. de regul. juris.* † Sic 229
& pactum est aliud in rem, aliud in personam, *dict. l. & heredi 21. §. fin. cum ll. sequentib. ff. de pactis.* cùm tamen omne pactum sit personale: In rem est, quod in personam quidem est, sed propter rem. Personale, quod etsi concernat rem, propter personam tamen est. † Sic & actio alia in rem, hoc est, propter rem, alia in 230
personam, hoc est, propter personam. *dict. §. omnium. Institut. de actionib.* Eadem ratione putat fortasse pupillum non in rem, hoc est, ex rei causa, seu propter contractum, sed ex sua persona hoc habere privilegium, ut non censeatur naturaliter obligatus, sed

condictionem soluti tanquã indebiti exerceat, cùm tamen si rem, hoc est, ipsum quod revera actum cõventumque est, spectaremus, dici oporteret, quòd ex hac re, seu hac obligandi causa; puta deposito, cõmodato, mutuo, vel promissione, naturali ratione
231 obligatus sit. † Cùm itaque personalia personam non egrediantur, fieri, ut fidejussores pro his obligentur. *d.l.si pupilli 127. hoc tit.* & quòd *d.l.pupillus 59. ff. de action. & obligation. d.l. quòd pupillus. ff. de condict. indeb.* intelligi debeant, secundùm scilicet personæ conditionem, & privilegium *juxta d.l. interdum. ff. de condict. indeb:* De ipsa verò re seu negotio, *dict. l. illud 25. §. 1. ff. quand. dies lega. dict. l. si pupillus 127. h. tit. dict. l. 1. in fin. ff. de novat. dict. l. Stichum 95. §. aditio. ff. de solution.* Hæc, inquam, mihi Donelli sententia videtur, quæ si non est, nullam video aliam, nisi quæ juris obstet princi-
232 piis. † Hactenus enim inauditum est, obligationem ex conventione oriri geminam; unam in rem, alteram in personam: unam realem, alteram personalem: adeoq; utramq; in eandem personam contra-
233 hentem concurrere posse diverso respectu. † Quod si hæc est, ut mihi videtur esse, quàm maximè; ne sic quidem juris textibus satisfactum erit: cùm divina-
234 tione non careat. † Deinde si propter personæ conditionem ac privilegium naturaliter obligatus non est pupillus, utique nec quo ad ipsum negotium obligatus erit. Nullum quippe negotium cum aliqua, quàm habili & apta persona contrahi potest, *dict. l. 3.*
235 *l. quæcunque 11. ff. de action. & obligation.* † Quòd si personæ conditio naturalis facit ut consensus non sit verus & perfectus, *d.l. fin. ff. de jur. & fact. igno. d.l. 1. §. fin. ff. commod. l. 5. de reg. jur. & §. 1. Instit. de autor. tutor. d.l. obligari 9. ff. eodem.* sed ut perficiatur ac verus existat, necessa-

cessaria est tutoris autoritas: *d.l.5.ff.de reg.jur. l. impuberes 13.ff.de autor.tuto.d.§.1.& 2.Instit.eod.* eadem quoque conditio personæ efficiet, ut nec naturalis oriatur obligatio, ex conventione solius impuberis, etiam doli capacis, modò in eo negotio nihil doli cõmittat. Illud enim efficientis & effecti postulat relatio. † Neque verò minùs naturalis, quàm civilis 236
obligatio conventionem requirit, nec sine ea existit. *d.l.1.& seqq.ff.de pact.* Conventio autem nihil est aliud, quàm duorum pluriúmve in idem placitum consensus *d.l.1.ff.de pact.* Ubi itaque hic consensus non est, ibi nec obligatio. † Non autem esse, & per- 237
fectè non esse, paria sunt. *argum. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testam. jul. Clar. com. conclus. lib.3.§. testamentum.quæst.9.num.1.versic. cæterum.& quæst.7. nu. 4.* Nam imperfecta causa nequit perfectum generare effectum. *l.quoties.ff.qui satisdar.cog. Mynsi. cons.35. num.10.* Ideoque si quis à pupillo emat, aut contrà; ex uno latere contractus dicitur perfectus, non etiam ex parte pupilli, *l. Julianus 13.§.si quis à pupillo.ff.de action.empt.* Nec attenditur, quòd hic contractus est juris gentium. † Sed nec doli capacitas ilico indu- 238
cit perfectionem consensus & naturalis obligationis: sed ita demum, si quid dolo factum sit, *d.l.1.§.an in pupillum.ff.depos.dict.l. Julianus.§. sed cùm in facto.* Idcoque ita argumentari non licet: doli capax est; ergo ex ipsa re, ex ipso negotio, seu actu contrahendi naturaliter obligatus est, sed defenditur personæ privilegio, ut non videatur obligatus. Imò verò, quæ causa est, ut hoc privilegium ista persona habeat: hæc quoque est, ut nulla sit obligatio; ne quidem etiam naturalis. Causa autem, est consensus judicii-que imperfectio. Atqui hæc imperfectio efficit, ut

ne contractus quidem sit, per ea, quæ *cap. 1. supra* disputata sunt. Ergo ne quidem ex ipsa re, hoc est, ex
239 actu contrahendi obligatus erit. † Quid ergo? Magis est, ut cum Martino glossatore, Cujacio eorumque sequacibus eam retineamus sententiam, qua dicitur, pupillum, etiam pubertati proximum, neque naturaliter neque civiliter ex sua promissione sine tutoris autoritate obligari; nisi quatenus, aut dolo quid admiserit in ea re, aut locupletior sit factus: utum non quidem directò ex ipso contrahendi actu, sed in factum obligatus sit, & in factum actione nō ipso jure, sed Divi Pii rescripto obligationem adjuvante teneatur: *per dict. leg. 5 in princ. & §. 1. & dict. l. 9. l. impuberes 13. ff. de auto. tut. l. 3. §. 1. 2. & c. Insti. eod. dict. §. pupillus. Institut. de inutil. stipulat. §. is quoque. Institut. quib. mod. re contrahi. obligat. dict. leg. Julianus 13. §. si quis à pupillo. ff. de action. empt. l. pupillus 59. ff. de action. & obligation. l. 1. §. fin. ff. commod. l. pupillo 38. de pigner. actio.* Quibus locis generalis traditur regula, pupillum sine tuto-
240 ris autoritate non obligari. † Cui regulæ standum est, donec de exceptione doceatur. *Sebastianus Vantius de nullit. at. proces. tit. de nullit. ex defectu proces. & solennit. numer. 118. versic. & præmissa. Schurf. consil. 59. num. 8. 9. 10. 11. centu. 1.* Duplex autem exceptio tantùm occurrit: Una, nisi locupletior factus ex negotio gesto, ex rebus, impensis, ex pecunia accepta, *in l. 3. §. 1. ff. de negot. gest. l. 3. ff. commod. d. l. 5. vers. naturaliter tamen obligabitur. & §. 1. vers. nisi in quantum locupletior. ff. de auto. tuto. l. furiosus 46. ff. de action. & obligatio. l. naturaliter 13. in fin. l. seq. ff. de condict. indeb. l. 1. §. an in pupillum. versic. nam & in quantum. ff. depos.* Altera est, nisi in re aliena dolo malo versatus sit. *l. pupillum 111. ibi Decius & Cagnol. de regul. jur. l. 1. §. an in pupillum. versic. agi posse si dolum commisit.*

misit. ff. depos. l. heredibus 13. §. fin. ff. de dol. mal. Ego, inquit Ulpianus, *arbitror & ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est; maximè si locupletior factus sit,* quasi dicat, non solùm, sed tum etiam maximè. † Non enim & dolum & ut locupletior factus sit conjunctim requiri, *ex dict. leg. 3. §. 1. ff. de neg. gest. & l. furiosus 46. ff. de action. & obligat. dict. leg. naturaliter 13. §. fin. l. seq. ff. de condict. indeb. d. l. pupillum 111. de regul. jur cum ibi nota. liquet:* † Cùm in furiosum, cui omnibus propè locis, quo ad id, quo locupletior factus, æquiparatur, non cadat dolus. *l. divus. ff. de offic. præsid. leg. 5. leg. furiosi. cum ibi nota. de regul. jur.* Nec huic contrarium est, quod *in leg. 1. §. fin. ff. commoda.* Ulpianus respondet: *impuberem commodati actione usque adeò non teneri, ut etiamsi pubes factus, dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur: quia ab initio non constitit.* Quoniam eo loci Ulpianus non agit de dolo circa ipsum contractum commisso, sed postea: Deinde etsi negat obligari ob dolum & culpam ex hoc commodati contractu, quia qui ab initio nullus fuit, ex postfacto esse non potuit: non tamen negat, competere posse ob dolum illum *actionem in factum, ex ipsa re,* sive utilem ex Divi Pii rescripto, *ut ex leg. 3. eod. & dict. leg. 1. §. an in pupillum. ff. de posses. l. si ex causa 9. §. nunc videndum. ff. de minor.* ex eodem Ulpiano teste gloss. *in dict. leg. 1. in fin. verb. non tenentur. & dict. leg. 3.* supplendum, & interpretandum. † Ex quo & illud consequens est, priorem exceptionem esse generalem, & tam in infantes & infantiæ proximos, quàm etiam pupillos pubertati proximos cadere posse; quia & in furiosum cadat, cùm ex ipsa re sit, *dict. leg. furiosus 46. ff. de action. & obligation. dict. leg. naturaliter 13. §. final. leg. sequent. dict. leg. 3. §. primo. ff. de negot. gest. & in*

241 242 243

eo, quod ex ipsa re est, infans & furiosus pares censeantur. *leg. 1. §. item acquiremus. versic. igitur ex causa. leg. quamvis 32. in fin. ff. de acquir. possess.* posteriorem verò specialem esse, & tantùm in pubertati proximos cadere posse, *per dict. leg. 1. §. an in pupillum. versi. agi posse. si dolum commisit. ff. depos. dict. leg. heredibus 13. §. fin. versic. si proximus pubertati est. ff. de dolo malo. dict. l. pupillum. de regul. jur.* Quibus ergo locis dicitur, teneri pupillum sine tutoris autoritate *nec locupletiorem factum*, non est regulari jure, sed secundùm alterutram illam exceptionem accipiendum; non tam per ætatis distinctionem, quàm inter hanc & illam causam: ut audiendi non sint, qui infantes penitus obligari non posse cõtendunt, infantiæ proximos naturaliter tãtùm, si locupletiores facti: pubertati verò proximos & naturaliter & civiliter, etiamsi locupletiores facti non sint, nec dolum commiserint, sed tantùm promiserint. Nec obstant illa, quæ obstare multis videntur: nam semper apparebit, alterutram suprà
244 positam tradi exceptionem. † Nam quod *ad l. si pupillus 127. hoc tit.* attinet, etsi stipulatio vi propria consistit, sibique ipsi sufficiens causa sit; nec falsitate causæ vitietur, modò finalis propriè non sit, *ut cap. 3. concl. 5.* traditum est: ut plurimùm tamen aliam præsupponit causam, & obligationem, ob quam contrahitur, *l. 5. l. si stipulor. ff. hoc tit. Jason ad Rubric. hoc tit. n. 15. Cujacius & Duarenus. ibid. ex Paulo lib. 5. senten. tit. de obliga. Donellus ad leg. 5. §. stipulatio autem. num. 3. hoc tit. per l. si ita stipulatus 97. §. si tibi nupsero. ibi Donellus. num. 1. 2. 3. h. tit.* Quo fit, ut & *in dict. l. si pupillus 127.* aliam stipulationis præsupponamus causam per se firmam aut novatam, aut iteratam per hanc stipulationem, qua Stichum promittebat & fidejussorem dabat; ut quã-

vis

vis fidejussor teneri non potuisset, ob id, quia sine tutoris autoritate promittebat pupillus, qui ideo ex hac stipulatione moræ reus fieri non poterat, cùm nulla intelligatur ex ea causa mora fieri, quæ nullam generaret petitionem, ut *in d. l. si pupilli 127.* traditur: teneatur tamen ex suâ morâ, quia pro eo promissore, qui ex alia causa obligatus erat, & conditionem suam meliorem novando fecerat, fidejussit, argumento *l. Marcell. 25. ff. de fidejussor.* ut quod à reo illo principali ex hac nova stipulatione peti non poterat, à fidejussore tamen ejus nunc rectè petatur fidei implendæ gratia: cùm sciret, vel certè scire deberet, cum quo mandati causa contraxisset, & pro quo fidem suam interposuisset, *l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. l. penultim. ff. ad SCtum Macedon. gloss. in l. si Titius. verb. ætatis. ff. de fidejusso. Bald. ad l. incivile. Cod. de furt.* † Verba illa, *ut puta, si pupillus sine tutoris autoritate promiserit, in d. l. 1. ff. de novation.* ambigua sunt. Ita enim Ulpianus *in d. l. 1. Illud*, inquit, *non interest, qualis præcesserit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria: & utrum verbis an re, an consensu. Qualiscunque igitur obligatio sit, quæ præcesserit, novari verbis potest; dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter: ut puta, si pupillus sine tutoris autoritate promiserit.* Dubium, inquam, est, utrum illa verba, *ut puta, si pupillus sine tutoris autoritate promiserit*; conjungi debeant cum proximo versiculo, *dummodo sequens obligatio, &c.* an verò, cum regula præcedenti in versic. *utrum naturalis an civilis, &c.* Si cum proximo vers. *dummodo sequens obligatio, &c.* conjungeretur, hæc esset sententia: *quòd pupillus possit novare sine tutore suo, sive alienam, sive propriam obligationem in promissionem novandi causa deduceret: & tum obligaretur, etsi non civiliter, naturaliter tamen:* si verò 245

cum regula præcedente, in verſ. *utrum naturalis, an civilis, &c.* conjungeremus, hæc foret ſententia: *ſi pupillus promiſit ſtipulanti alicui ſine tutoris autoritate, eam obligationem poſſe novari per eum, qui jus novandi haberet, quia hæc obligatio aut naturaliter aut civiliter teneret.* Utraque videtur Donelli ſententiam approbare; illa tamen magis quàm iſta: nec etiam plenè & ſine conjectura: cùm exaudiendus eſſet proximus aut infantiæ, aut pubertati: imò regula hîc potiùs traderetur quàm exceptio. Sed primam interpretationem abſolutè non ſubſiſtere: & quatenus ſubſiſtit, non cõfirmare, ſed infirmare potiùs contrariam à noſtrâ ſententiam, patet *per leg. novare 20. ff. de novatio. & §. præterea. Inſtitut. quibus mod. tollit. obligatio.* † Ubi traditur, 246 pupillum ſine tutoris ſui autoritate novare nõ poſſe, cùm ſpecies ſit alienationis. *l. ſpecies. ff. de acceptila.* maximè ſi alienam obligationem in ſeſe reciperet: cujusmodi novatio in pupillo penitus cenſetur incivilis, teſte Juſtiniano *in dict. §. præterea. verſic. adeò. ut interdum, licet poſterior obligatio inutilis ſit, tamen prima novationis jure tollatur, veluti ſi id, quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris autoritate* (animo novandi Titius) *ſtipulatus fuerit: quo caſu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt.* Hæc, inquam, Juſtinianus *in dict. §. præterea.* Quod ſi ejusmodi obligatio nulla eſt, planè non eſt, ne quidem naturaliter, etiamſi pubertati proximus promiſiſſet: nec dici poteſt de infante loqui Juſtinianum magis, quàm de infantiâ majore, vel qui proximus 247 pubertati eſt. † Quod ſi diceret quispiam; imò aliquando pupilli novationem, quam de propria contrahit obligatione, naturaliter valere, quoniam ſe liberaret à priore obligatione: reſponde-

rem,

rem, valere sine tutoris autoritate hoc casu, nõ quia rectè obligaretur, sed quòd suam meliorem fecisset cõditionem. *l. 3 ff. de novatio.* adeò, ut à priore, voluntate creditoris stipulatoris sit liberatus, posterior verò promissio nulla existat, *arg. dict. §. præterea. vers. nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Instit. quib. mod. tolli. obliga.* prior itaque interpretatio nobis non repugnat. † Sed nec posterior vim fa- 248
cit, quia intelligeretur de stipulatione causam habente, qua pupillum promittentem citra stipulationem quoque naturaliter obligasset, ut quamvis stipulatio illa non subsisteret per se, instar tamen promissionis naturalis haberetur, quo ad causam, ob quam; atque ita eadem foret responsio, quam *ad l. si pupilli 127 h. t.* adduximus. Pro quo facit, quod suprà etiam *cap. 2. num. 32.* monuimus; cùm stipulatio sit juris civilis, eam ne naturaliter quidem valere, si civilibus careat viribus, nec civiliter quem promittentem obliget. Imò & hîc posset dici, naturaliter videri obligatum, non quidem proprio, sed eatenus, ut à præcedente obligatione sit propter novationẽ liberatus ab eo, qui novandi causa à pupillo debitor stipulatus erat: quia causam suam reddidisset meliorem: nec tamen ex ea conveniri queat, cùm inutilis sit *dict. §. præterea.* † Nihil facit *d. l. cùm illud 25. §.* 249
1. ff. quando dies lega. Etiamsi particulam *nec* cum *Donello retineamus.* Tractat enim, ipso etiam Donello consentiente, Papinianus hanc quæstionem, an Titius legatarius hoc legatum rectè petat necne. Notum enim est, legatũ cujus dies neq; cessit neq; venit, frustra peti, *l. cedere diẽ. de verb. sign. l. pen. quand. dies cede. dica.* depẽdet ergo hujus quęstionis resolutio ab alia, nempe hac q̃stione: quãdo ejus legati, *heres meus*

Titio dato, quod mihi Sejus pupillus debet, dies cedat? an statim à die mortis, vel aditæ hereditatis, aut debiti soluti ? Initiò Papinianus ostendit, difficultatem quæstionis ex eo promanasse, quòd constabat pupillum Sejum ex illo mutuo non fuisse locupletiorem factum, quod sine tutore suo acceperat: eamq; ob causam, aut inutile legatum esse; quia nunquam dies ejus cederet, quòd non esset; aut tum tandem cedere, si quid ex ea causa pupillo solveretur, quasi sub hac conditione legatum; *si quid ex ea causa solutum heredi meo fuerit*: ut ita prætextu hujus tacitæ conditionis legatum potius conservetur, quàm penitus habeatur irritum. Quæstionem ergo hanc ex testatoris voluntate, imò verò ex petitoris, hoc est, legatarii Titii intentione ita decidit Jurisconsultus Papinianus, ut distinguat; aut testator, aut potius petitor *præsentem obligationem*, hoc est, eam, quæ nunc revera est, nec moram solutionis patitur, sed præsentem exactionem habet, respexit, aut *de naturali tantùm cogitavit obligatione & futura solutione*; hoc est, de ea obligatione, non quæ revera esset, sed esse posset; quia ignoravit locupletiorem factum non esse; aut quòd major factus possit obligationem habere ratam, suaque sponte aliquid ex eâ causâ solvere, quod alioqui exigi ab invito non potuisset: priore casu legatum nullius esse momenti, & frustra peti, quia dies ejus nondũ cessit; imò frustra quæri, an & quando dies ejus cedere possit; cùm non entis nullæ sint qualitates. *l. ejus qui. ff. de reb. cred. si cert. pet. Menoch. cons. 76. nu. 5. Johan. Petr. Surd. consil. 393. num. 27.* quippe nulla præsens est obligatio cum hoc pupillo nec locupletiore facto: posteriore casu, legatum quidem rectè peti, ac valere, sed quasi sub cõditione datum,

si quid

si quid solvatur; ut nihil ejus peti cum effectu possit, priusquam Seius pupillus vel ejus heres sponte sua, quid ex hac causa heredi testatoris dederit, eadem planè ratione *etsi tibi legatum esset, quod ex Arescusa nasceretur.* Antequam Arescusa enixa sit, nihil debetur, *l. 1. de oper. servo.* attamen legatum valet, licet nondum conceperit. † Quantum tamen ad diem legati attinet, ut ad heredem ejusmodi legatum transmittatur, is cedit statim à morte testatoris; cùm conditio hęc nō insit ipsi legato, h. e. non sit expressè adscripta legato, *si quid solvatur, si quid nascatur ex Arescusa:* sed natura rei inesse intelligatur tacitè; cujus generis conditiones suspendant petitiones, non autē obligationem ejusq; cessionem. *l. 4. l. 5. l. hujusmodi. ff. quando dies legat. l. interdum 73. ff. hoc tit.* ut & exemplo *fructuum* legatorum, *qui ex illo fundo nati fuerint*, Papinianus *in d. l. cùm illud 25. §. 1. vers. vel fructus, qui.* probat. 250

† Apparet ergo, relatione ad jus habitā, Papinianum fateri, pupillum istum neq; naturaliter neque civiliter obligatum esse: si verò opinionem testatoris, vel potius legatarii legatū petentis, ac jus transmissionis in heredem, intueamur, & factum naturale, quod subesse, vel sequi potest, esse instar legati spei, quod nihil in petitione habet, quàm si revera id, quod sperabatur, eveniat. † Ad *leg. Stichum 95. §. aditio. ff. de solutio.* respondetur: Jurisconsultum non asserere veram naturalis debiti solutionem in ea facti specie fieri, *sed aditionem hereditatis pro solutione cedere.* quasi dicat: si utile debitum fuisset, confusum fuisset per aditionem; sed cùm inutile sit, cedit aditio creditori pro solutione; ut quod aliās cōsequi non potuisset, nunc habeat beneficio successionis per retentionem: *nam & pupillus hoc præcipuū ad-* 251 252

versus creditorem ipsum retinuisset: Nunc autem in jus & locum hujus pupilli succedit. Ejus igitur jure hac in parte utatur, ut quod ex sese consequi non potuisset, consequatur ex repræsentatione pupilli defuncti. Ex quo liquet, Papinianum ipsum & hoc præsupponere jure debitum non fuisse. Deinde attendendum est, Papinianum hanc confusionem & retentionem asserere, respectu legis Falcidiæ, in cujus ratione ineunda inter alia deducitur, quicquid heredi quoquo modo debetur, vel debitum videri potest. *l. 6. l. 8. l. licet 14. C. ad l. Falcid. l. qui fundum 87. §. si quis. ff. eod.* quia aliquo casu bona minuisset. Cùm itaque hoc etiam de facto, non de jure debitum, aliquando quoque hæc bona potuisset minuere, ut supra dictum, meritò hæc admittitur confusio solutionis vice, sive naturaliter obligatus ex re fuisset pupillus, sive non. Pari modo obligatio per SCtum Vellejanum infirmatâ aditione hereditatis propter L. Falcidiam confirmatur, ut aut solutionis loco cedat, aut confundatur: Confunditur, si mulier existat heres creditori; solutionis vice cedit aditio, si mulieri creditor succedat; eaq; similitudine idem cõfirmat Papinianus *in dict. l. Stichum 95. §. aditio. vers. aliquando.*

253 † Ratio autem, cur hoc & in l. Falcidia, & tam circa pupilli, quàm mulieris creditorem receptum sit, hæc mihi videtur; quòd talis creditor omni casu certat de damno vitando: legatarii autem & fideicommissarii de lucro captando. *l. 1. C. de impon. lucra. descript.*

254 † In facti specie *l. si pupillus 21. ad l. Falcid.* potest fatente etiam Donello exaudiri, factum fuisse locupletiorem ex eò mutuo: cùm Paulus utatur his verbis: *Si decem, quæ acceperit, heredi reddiderit*: item in vers. adeò: *adeò autem & solvere*, inquit, *videtur, ut repudia-*

pudiato legato vel Sticho, qui legatus est, mortuo: nihil repetere possit: Utique sanè repetiturus, si locupletior non fuisset factus *per d. l. interdum. ff. de condict. indeb. l. 14. §. fi. ff. de solutio.* Deinde posito, non fuisse locupletiorem factum; ne sic etiam obstabit: Nam facti species hæc est: decem mutuò acceperat sine tutoris autoritate pupillus: creditor eidem legat centum sub hac conditione, *si heredi decem, quæ acceperit, reddiderit.* Reddidit decem: Quæsitum est, an in computationem legis Falcidiæ veniant, necne? Dubium faciebat, quòd implendæ cõditionis causa data essent.

† Hæc enim non imputari responsum est *in l. id autem 76. ff. ad l. Falcid.* At imputari decidit Paulus: *Una enim numeratione,* inquit, *& implet conditionem, & liberatur naturali obligatione:* non quòd propriè & verè esset; sed subesse potuisset, si locupletior factus: & quòd maluit testator hęc decem ad hæredem potiùs redire, tanquam ad heredem, non ut pręcipua haberet: quia jussit reddi tanquam debita, tametsi poterant non esse debita: ideoq; nec repetere posset repudiato legato, vel eo extincto: quippe nõ sine causa dedisset, qui conditionem implere voluit. † Sic & *in d. l. si ejus pupilli 64. ad SC. Trebellian.* non tractatur quæstio, utrum aliquo casu pupillus sine tutoris autoritate obligari possit; sed si obligatus sit, utrum ejus hereditate fideicommissario restitutâ fiduciarius eam pecuniã solvens repetat, necne? & repetere respondit Mæcianus, eò, quòd per hereditatis restitutionem transiit omnis obligatio naturalis ad fideicõmissarium: sed si fideicommissarius solvat, ob eãdem causam non repetere. Rursum si creditoris hereditas fideicommissario restituta fuerit, & is pupillus solverit fiduciario, repetet: si fideicommissa-

255

256

sario, non repetet. Cùm itaque ex professo his locis Paulus & Mæcianus non tractent, an obligari possit pupillus sine tutoris autoritate, sed quid juris obtineat, si obligati sint, doceant; non debent etiam ad alium sensum adhiberi, neque ad illud probandum allegari, quod aliunde probatum præsupponunt. Ex intentione, fine & scopo JCtorum responsa interpretanda, nec ejus, quod incidenter dicitur, decisio hinc petenda; sed aliunde sumenda.

257 † Quod porrò argumenti loco citatur, pubertati proximum posse consentire: consensum autem producere obligationem naturalem: item si locupletior factus, obligari civiliter per Divi Pii rescriptum: ergo si nec locupletior factus, utiq; naturaliter, & quæ ejus generis alia: satis enervantur, per ea, quę de imperfectione consensus supra asserui: & adeò exactè à clarissimo JCto Herman. Vultejo examinantur *lib. 1. discept. cap. 16.* ut si quid addere vellem, meridiano soli lucem præferre conarer: ad quem me remitto.

XIII. CONCLUSIO.

258 *Minores † viginti quinque annis, sive curatores habeant, sive non habeant, ab aliis stipulari quid possunt, præterquam à debitoribus suis servum manumitti, si minores sint viginti: quod si jam vigesimum annũ impleverint, rata erit manumissio: quia lex de minore viginti annis loquitur.*

l. si minor 66. ff. h. tit. l. si minor. ff. de serv. export. and. l. si

259 *quis quos. ff. de legat. 2.* † Lege enim Æliâ Sentiâ cautum est, ne minor viginti annis servum suum manumittat, nisi vindictâ, idque justâ causâ manumissio-

sionis apud consilium priùs approbatâ. *§. eadem. Inst. quib. ex caus. manum. non lic.* Quòd si à debitore minor viginti annis vel solus, vel cum curatore stipularetur servum, quem debet, vel debiti compensandi ac minuendi causa, manumitti; utiq; in fraudem legis Æliæ Sentiæ hæc porrigeretur stipulatio: *arg. l. fraus. ff. de legib.* † Cùm & is manumittat, qui per a- 260
lium curet fieri, *l. 1. §. dejecisse. ff. de vi & vi arma.* Nullius ergo momenti hæc perhiberi debet stipulatio, quæ id continet, quod lex fieri prohibet. *l. si stipulor. hoc tit.* † Si tamen nec debitor sit, nec debiti minu- 261
endi causâ manumitti stipuletur minor viginti annis, arbitror cum Donello valere stipulationem, *ejusq; executionem dandam*, hoc est, & minori actionem ob servum non manumissum; & promissori potestatem manumittendi permittendam, ut servo liberatio contingat; quæ aliâs fuisset deneganda: quo sensu hæc vox, teste Donello & Cujacio, accipitur etiam *in L. in executione. h. t.* Ratio est, quia nihil hic ostendi potest, quod minoris sit, vel ei damnosum: & præstat hominem ab homine affici beneficio, *l. si servus. ff. de servis export and.* nec ulla legis fraus hîc arguitur. † Quod *in d. l. si minor 66. h. tit.* additur: *Sed si ipso-* 262
rum viginti annorum erit (minor) *non impedietur manumissio*: hunc sensum habet; Si annum vigesimum complevit, ejúsve diem supremum attigit, licet nondum exegit, ut pleniùs responsum est *in l. 1. ff. de manumiss.* quod & gloss. & Cujac. & Donel. cæterisq; Interpp. meritò placuit.

XIIII. CONCLUSIO.

ET si † *minores curatorem non habentes, stipu-* 263
lantibus procul dubio rectè obligantur, secus

tamen si curatorem habentes, sive ejus consensu promittant.

Gloss. Bartol. Bald. Alexan. Jas. Castrens. Zas. Alciat. Duaren. Donel. ad l. puberes 101. h. t. per l. 3. C. de restit. in integ. minor. ubi Joh. Sichard. post alios Salyc. & alii ad l. non dubium. in fin. C. de legib. Joh. Robert. lib. 1. animadvers. c. 12. Interpp. ad l. 7. C. h. t. fac. l. 4. C. de reb. cred. & jurejur. ubi curatore non adhibito, minor de tutelâ juramentum deferens litem restaurare posse constituitur: quod citra restitutionis in integrum beneficium non posset, si curatore suo consentiente detulisset, *arg. l. ante p. & l. pen. C. qui tutor. & curat. dar. poss. Donel. in comm. de jurej. c. 4.* † Nam ut quæ consistat obligatio ex stipulatione,
264 vel quo alio contractu, non satis est consentire per naturam posse, nisi & jure possit, & jus ita obligandi sese habeat. Exemplo sit mulier contra prohibitionem SCti, *l. mulierem 14. l. antiquæ 23. in fin. tot. t. C. ac Dig. ad SC. Velleja.* vel pro marito intercedens, aut quid obligans, *auth. si qua mulier. C. eod.* prodigus, cui bonis interdictum est, *l. 6. h. t.* qui per naturam cõsentire potest, obligari tamen contrahendo solus non potest, *d. l. 6. h. t.* † Testis est Angelus *cons. 191. super punc-*
265 *to videtur*: item frater illius Baldus *ad l. 2. in 9. q. C. de rescind. vend.* apud omnes ferè Italos inoleviſſe, ut sine consensu mariti & proximorũ fœminę non obligẽtur: non sanè q̃ satis callidæ non sint, nec perfectè naturâ consentire queant, tametsi lubricũ earum sit judicium, quia inconstans & temerarium, *l. si pater. in fin. C. de sponsal. gl. ad l. 1. C. de confir. tut. per l. si mulier. C. ad SC. Velleja. l. unic. §. pen. C. de rei uxor. act. Aristot. 1. politic. c. ult. Cic. in orat. pro Murena*; alioquin nullo modo per leges etiã Romanas & gentium obligari possent, *arg. l. 1. & 2. ff. de pact. l. 1. 12. l. 3. l. 4. l. obligamur. l. si à furioso. ff. de*

alio.

actio. & obligat. sed quòd administrationem bonorũ nolit statutum mulieribus esse liberam. *Mynsin. observat. 34. cent. 2.* † Quod à moribus Græcorum originem traxit, & ad Romanos olim promanavit, q mulieribus curatores & tutores ꝑpetuò dabant, in quorum essent potestate unà cum suis rebus: *Cic. in orat. pro L. Flacco. & in orat. pro Cecinna, L. Muræna. Boëthius lib. 2. Topic. Cic.* † Itaq; etsi minoris consensus possit per naturam perfectus videri, adeò, ut omnium Dd. opinione, curatorem non habens, efficaciter ex promissione suâ obligetur, sed læsus in integrum restituat̃ ob lubricum ætatis consilium, nisi veniam ætatis impetrasset. *l. 1. l. 2. l. 3. l. in causæ. l. si minor 33. l. minor 40. l. non omnia. l. minor 48. ff. de minor. l. 3. C. de his qui veniã ætat. impetrav.* mirum tamen non erit, si communem scholam secuti, negemus obligari curatorem habẽtẽ, sine ejus consensu ꝑmittentem. † Ratio est, quia ut tutor personæ, & per cõsequentiã rebus; ita curator rebus minoris principaliter datur, Wesenbec. etiã profitente, *per l. in copulandis 8. C. de nupt.* per consequentiam verò personæ, ut eam consilio regat, *l. consil. 7. ff. de curato. furios. prod.* Quo fit, ut accepto curatore, liberam voluntatem liberumq; consensum non habeat, ut suo arbitratu quæq; in reb. suis faciat. Deinde certum est, administrationem bonorum nõ æquè permitti minori curatorem habenti, uti non habenti: cùm ea nunc spectet ad periculum curatoris. *l. sancimus. Codic. de administratio. tutor. leg. in copulandis. verb. qui solam rei familiaris sustinet administrationem, Codic. de nupt. leg. sciendum 20. versicul. quia officium ejus in administratione negotiorum constat. ff. de ritu nuptiar. l. à tutoribus 33. §. primo. verb. ideoq; omnia negotia, quæ inita sunt, ad fidem curatorum pertinent. ff. de ad-*

266 267 268

ministr. tut. Nam hoc etiam fine curatores minoribus dantur, ut cùm per ætatem negotia sua tueri & aptè gerere non possint, ea alii tueantur & gerere juvent, *§. 1. Instit. de curat. l. 1. de minor.* Bonorum autem & negotiorum administratione potissimùm continẽtur obligationes & potestas sese obligandi. *l. princeps 20. de verb. signif.* facit definitio contractus *in l. Labeo 19. cum ibi not. a. eod. d. l. à tutoribus 33. §. 1. & quod tot. t. C. de his qui veniam ætat. impetr.* Hinc est, ut cùm in judicio cõtrahi dicatur & novari, *l. aliam 29. ff. de novatio. l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio.* in universis litibus placeat, non priùs puberem justam habere personam, nisi interposito decreto aut administrandi patrimonii gratiâ, aut in litem fuerit curator datus. *l. in universis 11. C. qui*
269 *dare tutor. & curato. poss.* †Præterea minor curatorem habens, non absimilis judicatur prodigo, cui bonis interdictum est, *l. 3. C. de restit. in integr. minor.* nec pupillo tutorem habenti dissimilis, *gloss. ad l. 3. verb. absimilis. C. de restitut. in integr. minor.* adeò ut Modestinus *in l. ei Nerva 13. ff. de excusat. tutor.* dicat, valde pauca esse, in quibus curatores à tutoribus differant. Et cùm Curatoris non intersit, minor contrahat necne, & tamen lex consensum ejus in minoris contractu requirat; utique putandum est, hunc consensum de forma contractus minoris esse, *per doctrinam Bartol. in l. si quis mihi bona. §. jussu. de acquir. hered. Bald. ad leg. 7. Cod.*
270 *qui admit. ad bon. poss. Mynsing. observ. 34. cen. 2.* † Hæc etsi communi Dd. decreto firmata sunt, ab iis tamen Cujac. *ad d. l. puberes 101. h. t.* & Joh. Borch. *de jure jur. and. c. 3. num. 28. 29. & 30.* & quidam alii recedunt, propter *d. l. puberes 101. h. t. Puberes,* inquit Modestinus, *sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Sed *ad l. princeps 20. de verb. sign.* pluribus fortasse, q̃ oportuit, offendi, variam

riam esse apud interpretes ejus legis interpretationem, quæ tamen omnis eò tendit, ut probet, agere Modestinum de pubere curatorem non habente. Nam, *sine curatoribus*, JCtis significare idem, quod est, *curatores non habere*, patet *ex l. ait prætor. §. 1. vers. quid tamen. ff. de minoribus. Quid tamen*, inquit Ulpianus, *si prætor decernat, solvendam pecuniam minori sine curatoribus, & solverit?* Loqui autem de eo, qui curatores non habet, ex antecedentibus liquet: *Permittitur etiam*, inquit, *ex constitutione principum debitori compellere adolescentem ad petendos sibi curatores.* Sed & usus vocis consentit, cùm *sine aliquo esse*, planè idem sit, quod est, *non esse, non existere:* veluti quando dicimus, *sine decreto alienatum*, ut *in l. fin. Cod. quando decret. opus non est. l. 4. verb. sine decreto. l. etiam 13. l. si minor 15. Cod. de prad. & aliis rebus minor. leg. 5. §. fundum. l. 7. §. si obligaverit. ff. de rebus eor. qui sub tutel.* Et quamvis Cujacius contrà urgeat, *curatoribus suis*, ac si hoc reciprocum, *suis*, non patiatur hanc interpretationem: quippe præsupponat habere, alioquin *sui* dici non possent: ei tamen multis modis satisfieri potest: tum quòd *meum, tuum, suum*, non solùm significat id, quod jam est, sed & esse possit: tum quòd, *suis*, referri queat ad stipulantes creditores, maximè si gloss. *in l. 3. Cod. de restitut. in integr. minor. & in d. l. puberes.* audiamus, asserentem, in antiquis exemplaribus ita interpungi, *sine curatoribus, suis possint*, &c. quam & Donellus *in dict. leg. puberes.* sequitur: tum quòd argumento inscriptionis possint hîc intelligi casus valde speciales: cujusmodi sunt sponsalia & nuptiæ; & personam minoris minimè egredientia, nec ullo modo res ejus respicientia, ut Johan. Roberto *lib. 1. animadvers. cap. 12.* visum est: Quod Jacob. Cujac. *in observat. 34. lib. 19. & 1. Merca. cap. 12.* ali-

qua ex parte admittit: tametsi verba Modestini sint generalia: ex intentione tamen, fine & usu ejus, qui de præscriptionibus egit, restringēda ad habile ejus tractatus subjectū. Sed cùm de hac interpretatione, & aliis objectionibus abundè egerim *ad d.l. princeps 21.*
271 *de verb. sign.* eadem hîc nolo repetere.† At, inquiunt, hæc interpretatio est cōjecturalis: est divinatoria: est nimis longè petita. Sanè & dissentientium interpretatio tā ad hanc *l. puberes.* quàm *ad l. 3. C. de rest. in integr. mino.* divinatione & conjectura valde remota nō caret. Distinguit cum Cujacio Borcholtus inter obligationem, & alienationē: At meritò à consultissimo viro Dn. Vultejo *d. c. 16. discept. lib. 1.* & Joh. Robert. *d. 12. lib. 1. animad.* reprehenditur. Audiant quoque quid Ulpianus ajat: *Si pupillus,* inquit, *stipulanti spopōderit, an solvere possit, sine prætoris autoritate? & magis est, ne possit: alioquin invēta erit alienandi ratio. l. 5. §. si pupillus. ff. de reb. eor. qui sub tutel.* Sic, si hæc quoq; stipulatio consistat, inventa erit alienādi ratio contra orationem: At le-
272 ve hoc esse dixeris.† Sit ita: hoc tamen fixum manet, effectum à sua causa non separari: nec aliud esse *obligare & ab obligatione liberare,* quàm alienare, *l. 1. C. de jur. emphyt. d. l. princeps. l. bonorum 49. de verb. signifi.* sicuti *acquirere* est, *sibi debitorem obnoxium facere, l. species 11. de acceptila. d. l. princeps 21. de verb. sign. l. sancimus. Cod. de admin. tuto.* Deinde, si obligatur cum effectu, quo ad ipsam stipulationē: at sola alienatio inhibetur, & rescinditur: oportet illud quoq; fieri, aut restitutione in integrum, vel ipso jure, aut ope exceptionis. Si ipso jure, præsupponit causam quoque ipso jure nullam: si ope exceptionis, solutum, tanquam indebitum, condici nequit: si restitutionis saltem auxilio, præsupponit utique etiam alienationis firmitatem,

argum.

argum. l. in causæ 16. ff. de minor. & frustra distinguitur inter obligationem & alienationem consequentem: cùm ideò obligemur, ut demus vel faciamus, & nisi faciamus, quanti interest, præstemus. *§. 1. Instit. de oblig. §. fin. Instit. h. tit.* atq; ideo ibi nulla petitio sit, ubi nec dandi facultas, & sic nec obligandi. *l. si pupillus 127. h. t.* Cùm itaq; hæc obligatio minoris non valeat, autore Cujacio, quo ad effectum traditionis, sive alienationis; & hac in parte adeò inefficax sit, ut ne quidē restitutionis auxiliū desideretur; nec solutum possit retineri, sed indebitū reputetur; oportet hoc dari, & causam ejus traditionis jure irritam & nullam esse. † Quod Borcholt ita argumentatur: in facti 273
specie *l. nam posteaquam. §. si minor. ff. de jurejur.* minorem habuisse curatorem, cùm juramentum in judicio detulerit: nullum verò judicium fuisse sine curatore; *dict. l. in universis 11. Cod. qui dar. tut. vel cur. pos.* De eo autem JCtum respondere, minorem xxv. annis jusjurandum deferentem restitui in integrum, si circumscriptū se doceat: Cùm igitur minor xxv. annis curatorem habens in integrum restituatur, jam aliud certè dici non posse, quàm quòd juramentum à minore curatorem habente, delatum valeat. Hoc, inquam, parum urget; imò eo ipso, quo fatetur, in judicio delatum, nec illud sine curatore posse minorem exercere; fatetur quoque, in illa facti specie, non detulisse minorem invito curatore, vel eo non adhibito, sed utique in judicio præsente. † Non e- 274
nim soliuslitis contestandæ gratiâ curator ad litem datur, sed ūt universam litem administret, & singulos actus gerat, ac de singulis rationem reddat, donec finiatur, *per leg. 1. l. penult. Cod. qui dar. tutor. vel curator. poss.* Et Justinianus *in l. fin. Cod. de administ. tutor.*

Sed ab initio, inquit, *litis modis omnibus memoratas personas defendere, & litem præparatam secundùm leges instruere: scientes, quòd hoc munus necessarium est tam tutelæ, quàm curationi*, &c. ubi multa in hanc sententiam. Perabsurdum itaque est, fingere, absente & non consentiente curatore ad litem minorem detulisse hoc jusjurandum: & quamvis licitè ita fingeretur (nihil enim ejus textus habet) tamen ne sic quidem obstaret: quia autore vel prætore in jure, vel judice in judicio deferret, locum curatoris supplente, ut in simili argumenti genere responsum est *in l. 7. §. 1. ff. de minor.* Ejusdem infirmitatis est: Is rectè jusjurandum defert, is rectè contrahit, cui solvi potest; *argument. l. servus quod detulit. l. seq. l. tutor pupilli. ff. de jurejur.* & eadē est ratio contrahendi, quæ liberandi, *l. prout 80. ff. de solution. leg. interdum. ff. de condict. indeb.* Atqui minori, non adhibito curatore, rectè solvi. *per l. 7. §. 1. ff. de mi-*
275 *nor.* † Sed certè (ut respondeam) *in dict. leg. 7. §. 1. ff. de minor.* JCtus ait, *non compelli debitorem solvere; sed, si ultrò velit, posse.* Nam & pupillo creditori sponte solvere possum, sed meo periculo, ut non aliter liberer, quàm in quātum fit locupletior, vel nummi extent salvi, *l. pupillus 15. ff. de solution.* Deinde, textus non loquitur absolutè & tantùm de minore curatorem habente: sed distinguit deinceps, generalitatem propositionis declarans; *aut habere, aut non habere curatorem:* si habeat, non aliter solvere debere, quàm adhibito curatore: si sine curatore sit, ei solvat, si velit: sed si malè minor consumat, patiatur adversus se restitutionem in integrum: si nolit, cogat minorem, ut sibi curatorem dari petat, aut prętorem adeat, qui aut jubeat in ædem sacram deponi pecuniam, aut minori solvi. Minorem ergo istius syllogismi hoc re-

responsum non tam probat, quàm infirmat. † Sed 276
nec illud vim facit: cui majus concessum est, illi & id, quod minus: argum. à majore ad minus: Majus esse, testamentum facere posse, & in eo manumittere: & aliâs libertatem servis suis dare posse: quàm promittere, & obligari: cùm *libertatem dare*, res sit inæstimabilis. *l. libertas. de regul. juris.* Minorem autem non solùm; invito etiam & non adhibito curatore suo, posse testamentum de universa sua substantia facere, & libertates dare, *§. final. Institut. quibus ex caus. manumit. non lic. §. præterea. Instit. quibus non est permiss. testam.* verumetiam si viginti annis major sit vindicta, posse manumittere, cùm lex Ælia Sentia tantùm ad vigesimum usque annum causæ cognitionem desideret, *§. eadem. Institut. quibus ex caus. manumit. non lic.* & ante eam ætatem etiam apud se manumittere minor consul possit, *l. si rogatus 20. in fin. ff. de manumiss. vindict.* Sanè, si hæc argumentandi ratio à manumissione ad contractum procederet, multò magis, quo ad alienationem: cùm manumittere potiùs sit actus alienandi, quàm contrahendi. Sed in alienatione hoc argumenti genus ipsi fatentur inconsequens, *propter l. 3. Cod. de restitut. in integr. minor.* secundùm Cujacii distinctionem *in dict. l. puberes.* Fateantur ergo hîc quoque, ubi minor similitudo est. Deinde quid obstaret, ut permitteremus favore libertatis & testamentorum hoc concessum esse? † & quid vetat dicere il- 277
la intelligenda esse tantùm de manumissione, quæ fit in testamento, & per vindictam, atque ita magistratu autore? non etiam, quæ per alios modos? † Ab 278
ultimis autem voluntatibus, & quæ apud magistratum fiunt, ad contractus non valet consequentia affirmativè, sed negativè tantùm, ut notant Dd. &

Wesenb. *ad tit. Institut. de l. Fus. Canin. tollen.* Eberhard. à Middelburg. *in loc. legal. 36. à contract. ad ult. volum.*

279 † Quid deniq; impediet textus istos, qui de cæteris manumissionibus extra testamenti causam agunt, intelligere eodem modo, quo Paulus Neratii dicterium *in l. penult. ff. de manumiss. vind.* interpretatus est? *Pupillus*, inquit Neratius, *qui infans non est, apud consilium rectè manumittit: Paulus ita notat hoc esse accipiendum; scilicet tutore autore, ita tamen, ut peculium eum non sequa-*

280 *tur.* † Vulgò tamen hanc nostram conclusionem declarant procedere, jure duntaxat civili, ob ademptam bonorum administrationem, non etiam jure naturali: nam naturaliter non minùs, quàm pupillum obligari. Bald. Castrens. Alexand. & alii *in dict. l. puberes 101. h. tit.* Sed cùm ex promissione promissor nunquam fiat locupletior, nec dolus tam in promittendo, quàm stipulando versetur, puto huic restrictioni in cæteris contractibus, præsertim, qui re fiunt, vel ex consensu re subsequente, locum quidem fieri posse: non etiam facilè in stipulatione.

281 † Nam & præterea hic contractus juris est civilis, ut si eo jure inutilis sit, nec obliget promittentem, ut ne quidem supersit ampliùs naturalis obligatio ex solo ac nudo consensu promanans, adeò ut dicatur inutilem stipulationem utile pactum non habere, ut supr. *ex l. 8. §. 2. & ult. ff. de acceptilat.* aliquoties declaratum est.

XV. CONCLUSIO.

282 *Neque † mutus, neq; surdus stipulationem contrahere possunt.*

§. mutum. Institut. de inutilib. stipulat. l. 1. hoc tit. ubi gloss. Bartol. Bald. Alexand. Castrens. Jason. Duaren. Alciat. Zas. Donel.

Donel. Cujac. & reliqui Interpp. l. 1. §. penult. ff. de action. & obligat. Quoniam non est hæc verborum obligatio, nisi ex verbis, hoc est, ex stipulatione, quæ constat interrogatione & responsione, *d. l. 1. d. l. 5. §. stipulatio autem. h. tit.* Mutus autem neque interrogare, neque respondere verbis linguâ figuratis potest: sive natus sit mutus, sive casu aliquo factus. Neque hîc quæcunque mentis figura, aut vox literis formata tantum præstat, quantum, *juxta leg. non figura. ff. de action. & obligation.* in aliis negotiis potest, cùm hic contractus nisi verba linguâ figurata & palàm prolata, ut exaudiri & intelligi queant, proficiscantur, non fiat, *dict. l. 1. dict. l. 5. §. 1. hoc tit. §. 1. §. 2. Institut. hoc tit. §. præterea. Institut. de inutilib. stipulation.* idque definitio ejus satis arguit. † Ideoque frustra hîc investigamus in eam 283
distinctionem, an quis naturâ, id est, à cunabulis & utero matris mutus sit, an verò casu: & utrum conjunctim & surdus & mutus sit, an discretè, hoc est, mutus tantùm. Cujus distinctionis usus esse potest in testamentis & aliis contractibus, *juxta leg. discretis 10. cum ibi notat. Cod. qui testament. fac. poss.* non etiam in stipulationibus. Tametsi (quod obiter addo) non desint exempla eorum, qui surdi-muti nati, legere, scribere, rationes mercatorias bene computare, omnia è nutu & motu tam labiorum, quàm manuum rectissimè percipere & reddere possunt, ut quis non absurdè diceret, videri intentis oculis visu eos haurire, quod alii auditu facere solent, ut refert & testatur præstantissimus vir Philippus Camerarius Jurisconsultus Noricus *in operis horar. succisivar. 1. cap. 37.* Sed nec visus in hoc contractu perficiendo sufficit, *dict. l. 1. de obligation. & actionib.* Ita enim Gajus, *Mutum*, inquit, *nihil pertinere ad obligationem verborum*,

naturâ manifestum est, l. 1. §. penult. ff. de actionib. & obligat. quia verba proferre nequit, ut Ulpianus *in l. 1. hoc tit.* ratiocinatur. Addit Gajus præterea: *Sed & de surdo,* inquit, *idem dicitur: quia etiamsi loqui possit, sive promittat, verba stipulantis exaudire debet: sive stipuletur, debet exau-*
284 *dire verba promittentis.* † Quo efficitur, non de eo hîc nos agere, qui tardiùs exaudit, sed qui omnino non exaudit: *dict. l. 1. §. fin. ff. de actionib. & obligat.* non de eo, qui difficulter loquitur, sed qui planè non loquitur,
285 *dict. l. 1. hoc titul. dict. §. mutum.* † Nam blesos & balbutientes posse stipulari & promittere dubio caret: modò intelligi possit, quid velint, & quid linguâ proferant, idque etiam ipsi perspectum habeant: ne sint deterioris conditionis, quàm infantiæ proximi & titubantes. Eadem est sententia *Lubi non voce. de reg. jur.*
286 † *Ubi non voce,* inquit JCtus, *sed præsentia opus est, mutus, si intellectum habet, potest videri respondere,* nutu scilicet vel scripturâ. Idem in surdo; veluti, si depositum contrahatur, vel locationem & conductionem, vel pignus, aut sponsalia & nuptias celebret: Quæ omnia secus in stipulatione, propter verborum articulatim proferendorum necessitatem, *dict. l. 1. §. pen. & ult. ff. de action. & obligat. d. l. 1. h. tit.* quæ facit, ut muti, itemque surdi, pro absentibus habeantur. Inter absentes autem non contrahitur stipulatio, ut sup. traditum est. Itaq; *in l. fin. ff. de verb. signif.* non debet admitti Cujacii emẽdatio, qui tollit v. b. *mutum,* & substituit, *dementem,* ut ibidem monui.

XVI. CONCLUSIO.

287 Mulier † *etsi pro alio fidejubens vel intercedens, non quidem ipso jure, sed beneficio*

SCti

SCti Vellejani tuta est, si tamen pro marito intercesserit, penitus non erit obligata.

Prius illud expeditum est *per l.3.l.si Titius 48.ff.de fidejussor.l.1.l.2.l.3.l.4.l 10.l.13.C.ad SCtum Vellejan.l.2.§.1. §.omnis. leg.quamvis 8. §.si mulier.§§.seqq.l.si domina 25.l. seq.ff.eodem.Antonius Gomezius 2.variar.resolution.cap.13. num.8.& 16.gloss.ad rubric.Cod.de non numer.pecu.* Posterius constitutum est *in Novel.134.ut nulli jud.lic.hab.loci serva. cap.8. & auth.si qua mulier.ubi Bartol. Bald.Sichard. Salycet.& alii. Cod.ad SC.Vellej. Baldus ad l.1. num.4.Cod. de duob.reis.Petrus Costal.ad l.fin.vers.ideoque.ff.ad SCtum Velleja.* † Etsi verò olim intercedens pro marito mulier non alio, quàm SCti Vellejani beneficio juvabatur, *l.5.l.si sciens 7. l.si adversarius 10.l.si fœnebris 13.l.si uxor 15.Cod. ad SCtum Vellejan.* cùm tamen major sit occasio persuadendi, & in fraudem SCti occultandi ea, quæ à muliere geruntur, voluit Justinianus penitus illa, quæ mulier intercedendo pro marito contraheret, esse infirma, & per nullitatis exceptionem potiùs excludi, nisi manifestò doceatur, creditum marito, pro quo uxor ejus intercessit, in ipsius mulieris rem versam esse: *dict.cap.8. Novella 134.dict.auth. si qua mulier.* Ratio autem, ob quam SCtum de intercessione mulierum factum est, satis exprimitur *in l.1.& l.2.ad SCtum Vellejan.& l.2.ubi Duacanus, & alii de regul.juris.* Ex quo hoc elicitur, eum, qui fidejussorem dare tenetur, non satisfacere promissioni, *per l. quotiens. ff.qui satisdar.cogunt. l.quamvis 8. §.si convenerit. ff. ad SCtum Vellejanum:* si mulierem dederit, cùm perinde sit, ac si minorem sine curatoris consensu, aut, cùm non haberet curatorem, dedisset: priore quippe casu minor planè inutiliter datus esset, ut 288

supr. *concluſ. 14.* tradidimus: poſteriore haberet beneficium reſtitutionis in integrum, *l. 8. §. 1. ff. qui ſatisdar. coguntur. d. l. 3. d. l. ſi Titius 48. ff. de fidejuſſor. l. quamvis, §. ſi convenerit. ff. ad SCtum Vellejanum, Antonius Gomez.*

289 *d. tom. 2. cap. 13. num. 8.* † Deinde adeò veram credunt hanc concluſionem plerique omnes, ut non ſolùm in foro fori, ſed foro etiam poli procedat, hoc eſt, ut mulier hac exceptione non ſolùm poſſit politica ratione, ſed bona & tuta coram Deo etiam conſcientia uti, & denegare ſolutionem ejus, quod intercedendo promiſit: imò condicere etiam, quòd errore non ſolùm facti, ſed hujus etiam juris ſolvit: quia indebitum omnino ſit, infirmatâ obligatione à SCto, *dict. l. quamvis 8. §. interdum. ff. ad SCtum Vellejan. l. 9. Cod. eodem. leg. qui exceptionem 40. ff. de condict. indebit. & per Novellam 143. cap. 8.* eamque communem eſſe tradit ex Bartol. *ad conſtit. extraordinar. ad reprimendum. verb. denunciationem.* & Abba. *in cap. quia plerique. extr. de immunit. eccleſ. num. 27.* Antonius Gomezius *dict. cap. 13. num. 16.* nec ratione caret: tum ob lubricum & temerarium mulierum conſilium, *dict. l. 2. de regul. juris. l. 1. l. 2. l. 4. l. 8. ff. ad SCtum Vellejanum. dict. l. qui exceptionem. l. cùm quis. Cod. de jur. & fact. ignor.* tum, quod ab homine contra juris prohibitionem factum, ratum eſſe non oportet, *l. non dubium. Cod. de legib. ubi Jaſ. num. 9. & 18. & in leg. poſt dotem. numero 32. & 33. ff. ſolut. matrimon.*

290 † Nam ejusmodi leges & conſtitutiones prohibitorias, quæ publica autoritate ob juſtam rationem factæ ſunt, in foro etiam conſcientiæ ſervare oportere, nec ſine peccato ab iis recedi poſſe in judicando, juxta Bald. *ad leg. penult. §. illo. Cod. de neceſſar. hered. inſt.* Jaſon *ad l. certum eſt. num. 14. Cod. unde legiti. & in l. ſi poſt diviſionem. num. 6. Cod. de jur. & fact. ignor.* Didac. Covarruv.

varruv. *ad cap. peccatum. §. 3. part. 2. num. 9. & seq. de reg. jur. 6.* hęc suadet ratio, quòd Deus politias earumque ordinationes rationabiles approbat & sancit, ut violatores non sint impuniti. *Roman. 13. Psalm. 143. Philippus Melanchth. in loc. commun. de magistrat. civili. Wolfgangus Musculus in locis communib. de magistrat. in ultima quæstion. in fin. vers. disputant nonnulli.* † Ideoque si 291
quis ita objecerit, quicquid politica lege Mosaica statutum non est, pro omisso censeri debet, ita ut maneat sub generali regula: & quod illa lege statutum est, ab eo recedere nefas esto: ut verò fidejussor quilibet sine sexus differentia suæ promissioni stet & satisfiat, satis in lege Mosaica constitutum esse; nec inveniri mulieris pro marito vel quo alio intercessionem exceptam: imò unam eandemque carnem cum marito esse: eademque onera & commoda ferre: Non ergo oportere ab eo jure politico Mosaico in foro Christiano recedere. † Re- 292
sponderem; ineptè hoc objici, cùm lex Mosaica politica non cuique ex æquo conveniat Reipublicæ, sed ei tantùm, cui specialiter lata fuit: & sit tantùm exemplar condendarum legum honestarum in quacunque Republica: non verò impediat vel prohibeat aliquid pro re natâ in melius, vel in aliam atque aliam faciem mutare: imò potiùs permittat & jubeat, *Roman. 13.* † Neque etiam ita re- 293
gulas proponit Moses, ut omnes ex variis causarum figuris quotidie promanantes exceptiones repudiet: illud enim instituto ejus non convenit: nec voluisse Deum ostenditur. † Deinde mo- 294
ralem quidem legem ad necessitatem observationis nos obligare, omni caret dubio; cùm lex Dei sit, quia naturæ est: & lex creationis cordibus no-

ſtris adeò infixa, ut conſcientiæ noſtræ teſtimonium præbeat noſtræ infirmitatis & iniquitatis: de qua lege diſſerit Apoſtolus *ad Romanos cap. 2.* & ibidem poſt alios Interpp. D. Caſparus Olevianus: Politicam verò etiam ex morali promanentem unà cum politia Moſaica abrogatam eſſe, nec in ſpecie iſta ampliùs nos obſtringere, niſi uſpiam in novo Teſtamento parte aliqua repetitam; ſed teſtari tantùm Deo placere, ut conventiones licitæ ſerventur, ut judicia fiant, etiam in politicis & merè probabilibus, recta: ut delicta non ſint impunita, ſed pro admiſſi conditione graviùs vel leviùs puniantur, ut nulli nocenti impunitatem magiſtratus largiatur;
295 &c. † docuerunt ex ſcholaſticis Theologis, Alexan. Hales *part. 2. ſummæ quæſtion. 3. membr. 1. part. 3. quæſtion. 59. membr. 1.* Thomas de Aquin. *prim. 2. quæſtion. 104. artic. 3. & 2. ſecundæ quæſtio. 87. articul. 1.* Bonavent. *4. ſentent. diſtinct. 3. artic. 3. quæſtio. 2.* Origenes *in Exod. Homil. 10.* & in Numer. *Homil. 11.* D. Hieronymus *in epiſtola ad D. Auguſtinum, incip. tres ſimul epiſtolas.* Auguſtinus *6. adverſus Manichæ.* Ambroſius *in epiſtola Pauli ad Coloſſenſes cap. 2.* Tertullianus *adverſus Judæos.* Dn. Johannes Calvinus *paſſim in Inſtitution.* Dn. Philippus *in loco commun. de magiſtrat. civili.* Dn. Martyr *de abrogat. leg. in locis commu.* Wolfgangus Muſculus *in locis comm. Theolog. de magiſtrat. & in quæſtion. de abrogat. leg.* Victorin. Strigel. *part. 2. loco. comm. de diviſione legis fol. 13. & part. 4. de magiſtra. & part. 3. in deſcript. veter. ac novi teſtament.*
296 † Ex JCtis Alexand. Imol. *ad leg. ſtipulatio hoc modo. colum. 3. in fin. ff. hoc tit. poſt* Franciſc. Aretin. *ibidem* Martinus Laudenſ. *in tracta. de jure primogenit. colum. penult. verſ. rurſus quæritur nunquid.* Philippus Decius *in cap. cõſuluit in 2. notab. extr. de appellat.* Zaſius *conſil. 1. nu. 61. volum.*

lum. 2. Panorm. *in cap. 1. extr. de homicid.* Andr. Tiraquel. *de pœnis mitigand. cauſ. 38. numero 3. 4. 5. 6. & ſequentib. in præfation. de utroque retract. num. 8. 9. 10.* qui refert hanc fuiſſe Cerinthi, Hebionis, & Nazaræorum hæreſin, nullam legis partem per adventum Chriſti eſſe abrogatam: ideoque Chriſtianum non poſſe ſubeſſe Ethnico & Romano magiſtratui: & Gerſon non contemnendus Theologus *in tractatu de contract. part. 1. conſiderat. 10.* ait, fore hunc hæreticum, qui credat, judicialia Moſis præcepta nos obligare. Cùm itaque graves ſint cauſæ, cur à regulâ ſenatus, legumlatores & Impp. Romani mulierum interceſſiones eſſe voluerint exceptas: & eorum juſſus, divino adſtipulante præcepto, ſecundùm Apoſtolum *in dict. cap. 13. ad Roman.* ad obedientiam obliget, noſtrum ſanè non erit, hîc decipulis ineptis conſcientias irretitas tenere; ſed propter conſcientiam eſſe honeſtæ huic præceptioni juris obtemperandum dicemus: nec in foro etiam conſcientiæ, vel pupillus, aut minor, vel mulier, aut prodigus cogetur ſtare promiſſioni per reſcripta principum, & alia juris capita infirmatæ. † Scio eſſe qui de abrogatio- 297
ne legis politicæ ſive judicialis Moſaicæ non tam à me, quàm à tota antiquitate & communi Theologorum & JCtorum ſententia diſſentiunt, levibus & partim etiam incivilibus argumentis moti, aſſerentes, eos errorem errare non ferendum. Sed hæc & hos refutare, cùm foret hîc πάρεργον; reſervo ad aliud commodius tempus, & ſatis eſt indicaſſe, quàm imprudenter deſipiant, & in æquivocatione vocis legis Dei, & legis judicialis ludant. Quin potiùs doceant, leges forenſes latas eſſe, non iſti ſoli Reipubl. ſed univerſo orbi terrarum, omnibusque

ac singulis Monarchiis. Reclamat D. Paulus *13. ad Roman.* reclamat D. Petrus *15. Actor.* & ipse Salvator, dum jubet dare Deo, quæ Dei sunt, & Cæsari, quæ sunt Cæsaris, *Matth. 22.* Mercatura ad populum Dei olim non pertinuit, sed interdicta fuit *Ezechiel. 27. vers. 5. & 28. vers. 16. Canticor. 3. vers. 6.* ut & usura *Deuter. 23.* At hæc lex ad nos & alias gentes non pertinet, inquit Bodin. *3. de Republ. cap. 8. fol. 571.* Cum asino & bove simul arare non licebat, nec induere vestem ex lana linoque confectam: Quæ lex non tam ceremonialis, quàm quodammodo fuit moralis, aut certè politica. At quando Messias venerit, licebit, *autore Propheta Esaia c. 32. vers. 20.* ubi beati prædicãtur, qui his utuntur fruuntur. Si nos necessariò obligarent in novo Testamento, sine prævaricatione D. Apostolus usus non fuisset jure & civitate Romana: non potuisset salva pietate dicere, propter conscientiam ordinationi, id est, legi & constitutioni honestæ potestatum Romanarum, Impp. cõsulum, prætorum obtemperandum esse, *d. cap. 13.* Admiramur hîc divinam Majestatem & justitiam, ejusque gloriam amplificamus, quando videmus, in tantis humanæ mentis tenebris relucere imaginem veræ justitiæ, & tanta ac tam æquissima consilia divinitùs inspirari. Absit, ut ob bene per administratores Rerumpubl. inventa, Deo gloriam suam detrahamus & filiis hominum assignemus. Nolo hîc nunciata
298 prolixiùs examinare. Ad institutum nostrum.† Fœminæ itaque intercedentes pro aliis, SCto Vellejano liberantur, pro marito non obligantur. Sed hæc ita sunt, nisi utrique huic beneficio debito modo mulier renunciasset: *per leg. 8. §. si mulier. l. Paulus 31. l. fin. in fin. ff. ad SCtum Vellejan. ibi gloss. Bartol. & cæteri Dd. & ad l.*

ad l.21.Cod.eodem.Gail.observation.77.lib.2.Petrus Fab.ad l. 2.de regul.juris.fac.l.fin.Cod.quando mulier.tutel.offic.fung. junct. authent. matris & aviæ. Cod.eod. Antonius Gomezius dict. cap.13. num.17. Generalis enim regula est, quemque favori pro se introducto renunciare atque ita etiam mulierem posse, *l.pen. Cod.de pact.* modò certior de hoc suo beneficio reddita sit, *Bald.ad l.1. Cod.ad SCtum Vellejan.* Anton.Gabriel. *lib.2.comm.concluſ.tit. de jurejur. concluſ.3.* Hippoly. de Marsil. *ad Rub.de fidejusſo. num.31. & 37.* potissimùm verò hæc renunciatio mulierem privat beneficio Vellejani SCti,& constitutionis,si jurejurando renunciaverit,etiamsi certior de eo reddita priùs non sit. *C.ex rescripto. ibi gloſs. in verb.& uxorem.extr.de jurejur. Eberhard.à Middelb. in loc. à vi, energ.seu efficac. jurament. Gail. dict.obſervat.77.lib.2. Weſenb.conſil.23. num.52. verſ.nam hoc tempore. conſil.38. num.22.& conſil.52.num.33.& 34. Jaſ.in authen.ſacramenta puberum.num.56.C.ſi adverſ.vendi.per c.cùm conjungat. c.veritatis.c.ex rescripto. extr.de jurejur. Petr.Coſtal.ad d.l. fin.verſ.ideoque.ff.ad SCtum Vellejan.* Sed cùm hanc rem latè Gail.examinaverit,non insisto.† Excipitur eti- 299
am casus, si revera rem suam gesserit, vel ex ea re locupletior facta: aut dolo malo in hac re versata, vel quæsito colore contraxerit,vel precium eo nomine, quòd intercederet, acceperit, aut post biennium eandem interceſſionem renovaverit. Qui casus cùm hujus loci propriè non sint, sed communes stipulationibus cum cæteris interceſſionibus,nolo hoc loco ea jura exponere, sed *ad tit.de SCto Vellejano* remittere.

XVII. CONCLUSIO.

300 *Militibus † quoq; fidejussoriâ obligatione constitutiones interdicunt:*

l. milites. C. loca. l. 8. §. 1. ff. qui satisda. cogunt. Anton. Gomez. dict. cap. 13. num. 19. in fin. 2. variar. resolut. Cujus rei hæc ratio potissimùm esse videtur, ne quæsito negotiorum forēsium colore avocentur à studio militiæ, neque vexentur exactionibus, dum militandum est. *dict. l. milites.* Deinde hoc privilegio multi ad militiam invitabantur; cùm scirent se facilè, non satis propenso consilio ad fidejubendum, ut frequenter
301 fit, prosilientes non fore obligatos. † Semper enim apud Romanos milites in magno precio habiti
302 multisque privilegiis exornati. † Quod an in militibus nostri seculi locum inveniat, apud Interpp. quæstionem patitur. Sunt qui negant; tum quòd nostri hodie milites potiùs grassatores & tumultuarii, quàm veri milites, tum quòd legitimum non sit bellum, nisi quod pro Republ. publico decreto suscipitur, non adversus Christianos, sed Turcam
303 & infideles. † Tum quòd non omnia solennia hodie intercedunt, ut nostri homines milites efficiantur, quæ olim erant necessaria; relatio nominis in militum matriculam, sacramentum, gladii traditio, & procinctus, stigma, examen, & ne exerceat neque exercuerit negotiationes; autore Accurs. *ad l. 1. ff. de bonor. possession. ex testamento militum. & ad leg. stigmata 3. Codic. de fabricens. libr. 11. & l. 1. Codic. qui milit.*
304 *non poss.* † Sunt qui affirmant, cùm non minus hodie, quàm olim justi habeantur delectus militum; & justa bella pro patria, pro aris & focis: neque ista ab Accursio enumerata requisita jure sint approbata.

† Sed

† Sed duo tantùm, ut in matriculam redigatur mi- 305
los, & sacramentum præstet: stigmata nulla militibus imprimebantur: neque id *dict. leg. 3. Cod. de fabric.* probat, cùm de militibus non agat. Examen & probatio, cujus fit mentio *in d. l. 1. Codic. qui milit. non poss.* non pertinebat ad constituendum militem, sed ad legendum, eratque examen vitæ ac morum: de qua re Viglius *ad Rubr. Institut. de milit. testamento* latè. Neque solùm jure & moribus nostræ Germaniæ militaribus privilegiis gaudere debent milites, qui contra Turcam & infideles ducuntur: sed qui observatis quibusdam constitutionibus virtutis causâ extra fines Germaniæ in Galliam vel alia regna deducuntur: cùm id certis quibusdam conditionibus publica lege permissum sit. Noe Mewrer in locis communibus der Reichsabscheide / *sub tit.* von des Reichs hauptman vnd kriegsbewerbung. Cæterùm si intra Imperii fines concurrant, nec observentur ea, quæ constitutionibus ordinum decreta, pro latronibus, sicariis, agrorum depopulatoribus, grassatoribus, & seditiosis potiùs, quam militibus haberi debent. *arg. l. non dubium. C. de legibus.*

XVIII. CONCLUSIO.

ET *si* † *clerici ad fidejussionem non satis idonei* 306
censentur, dati tamen obligantur.

cap. 1. cap. 2. extra. de fidejusso. Antonius Gomezius dict. cap 13. tom. 2. variar. resolutio. num. 18. versic. secundò principaliter. Dd. & gloss. commun. in dict. cap. 1. & 2. extra. de fidejusso. cap. te quidam 11. quæstio 1. & hoc in clerico quolibet alio expeditum est. Nam ut haud idoneus censeatur eo casu, quo dandus est fidejussor & recusari

possit, privilegium fori in causa est: cui Jure Canonico non rectè renunciatur irrequisito proprio Episcopo. *cap. si contingat. extra. de foro compe.* si tamen promiserit, tenebitur, cùm nullibi illi bonorum administratione sit interdictum, nec eximatur obligatione, *Hippol. de Marsil. ad Rubric. de fidejus. nu. 309.*

307 *& seqq.* † De monacho autem dubitare licet, cùm sit in potestate Abbatis, nihilque proprii habeat, & quicquid acquirit monasterio accedat, *Dd. in authen. ingressi. Cod. de SS. Eccles.* puto sanè hîc distinguendum inter Franciscanos, propter *cap. exiit qui seminat. de verborum signific. in 6. Clem. exivi de paradyso. de verborum signific. const. ad conditorem. & const. sequent. de verborum significat. in extravag.* & reliquos monachos, quibus non est prohibitum peculium quoddam habere connivente superiore sive Abbate. *Eberhard. à Middelb. in loc. leg. 24.* à servo ad monachum. *numer. 2.* non quòd putem inhibitum Franciscanis esse fidejubere, sed quòd inutilis actio futura creditori adversus fidejussorem nihil præter vilissimum vestimentum peram & baculum habentem. Et licet ex contractu cujusque alterius monachi non agatur cum ipso monacho, sed monasterio & abbate ejus, secundùm Eberhard. *dict. loc. 24. à servo ad monach.* tamen cùm monachus hac in parte servo, abbas & monasterium domino æquiparentur, non potèrit ultrà, quàm in peculio illius monachi est, teneri, nisi doceatur in rem monasterii creditum esse versum.

DE

DE ADJUNCTO STIPULATIONIS.

CAPUT VIII.

NON unius sunt generis stipulationum adjuncta: Quædam enim insunt & inhærent: quædam accedunt, ut tantùm adsint, augeant, amplificent, interpretentur. Potiora autem, non omnia (quis enim omnium memoriam habere potest, & penitus nihil omittere?) in hoc capite enucleare placet, quæ quid de reliquis facilioris disciplinæ statui debeat, intelligenti facilè ostendent.

SUMMÆ.

1 *Stipulatio est stricti juris.*
2 *Hoc adjunctum ei est essentiale.*
3 *Bona fides in omni contractu requiritur, sed non pari modo.*
4 *Dolus emendatur in contractibus.*
5 *Doli exceptio inest bonæfidei contractibus.*
6 *Differentia formularum unde.*
7 *Sola arbitris vel bonæfidei mentio non facit bonæfidei actionem.*
8 *Bonæfidei & stricti juris actiones non discernuntur ex formulis, sed ex proprietate essentiali.*
9 *Unde collectum sit, quòd actiones quædam bonæfidei, quædam stricti juris.*
10 *Unde contractus bonæfidei & stricti juris definiendi.*
11 *Bonæfidei contractibus essentialiter bona fides inharet.*
12 *Est intrinseca forma qualitas.*
13 *Inductione hoc docere potest.*
14 *Exempla in emptione & venditione, locatione & conductione, mandato, tutela & similibus.*

15 *Secus in strictis contractibus exemplo mutui.*

16 *Exemplo stipulationis.*

17 *Facti promissio præcisè non obligat, sed id, quod interest, in ejus locum succedit.*

18 *Et actiones, & contractus rectè distingui in bonæfidei & stricti juris.*

19 *Non sola lex in causa est, ut aliqua actio sit bonæfidei.*

20 *Hoc discrimen ne quidem jure Canonico est sublatum. Idem num. 24.*

21 *Libellus ut sit aptus, sumetur ex ipsa rei & negotii medulla.*

22 *Jus Canon. solam æquitatem intuetur.*

23 *Jus naturale non videtur hoc discrimen constituere inter bonæfidei & stricti juris actiones.*

24 *Vide num 20.*

25 *Nec privatorum pactis hoc discrimen tollitur.*

26 *Quid sit illa clausula,* Alles trewlich vnd ohn gefehrde.

27 *Adjuncta propria, quæ & essentialia & substantialia, sunt immutabilia: inde dubium circa stipulationem.*

28 *Cujacius credit, quamcunque actionem stricti juris fieri bonæfidei, si doli mali exceptio ei opponatur. Consideratio §. fuerat. Instit. de actio.*

29 *Cujacii sententia non videtur recipienda.*

30 *Actio ex stipulatu non fit bonæfidei, ob id, quòd ei opposita est doli mali exceptio.*

31 *Facti species, & sententia l. Seja. 42 ff. de donat. mort. caus.*

32 *Petitio hereditatis videtur ante Justinianum habita bonæfidei.*

33 *Judicium non constituit exceptio, sed prætor.*

34 *Continuatur expositio d. l. Seja. 42. de dona. mort. caus.*

35 *Consideratio l. 3. C. de except. ejusq; species facti.*

36 *Actio ex stipulatione unico casu est bonæfidei, nempe in dotis causa.*

37 *Pacta in continenti facta insunt stipulationibus tam ex parte stipulatoris, quàm rei.*

38 *In conventionalibus contrahentes, in prætorijs prætor formam dat stipulationibus.*

39 *Effectus pacti in continenti facti.*

40 *Cur dicatur forma contractus.*

41 *Duo hic discutienda.*

42 Qui-

42 *Quinam inesse pacta stipulationi negant, & quare.*
43 *Inclusio unius est exclusio alterius.*
44 *In materia differenti argumentum erit differens.*
45 *Informare quid.*
46 *Publica jura, quæ etiam in formis negotiorum consistunt, pactis privatorum non mutantur : Argumenta Donelli.*
48 *Communis opinio defendit inesse: & quare.*
49 *An rectè Alciatus sumat argumentum ex l. scire debemus. versic. secundùm quòd. hoc tit. ejus declaratione convincitur.*
50 *Consid. l. 4. §. 1. de pact.*
51 *Consid. l. venditor 13. ff. commun. prædio.*
52 *Usura ex pecunia numerata, cur pacto promitti nequeat, ex cæteris rebus queat.*
53 *Emphyteusis est stricti juris.*
54 *Emphyteusi insunt pacta, in continenti facta.*
55 *Cautio intelligitur de stipulatione.*
56 *Potest depositum contrahi cum pacto mutui, & vice versa.*
57 *Et in eo inspiciendum est contractus initium.*
58 *Consid. l. lecta. de reb. cred. si cert.*
59 *Auditorium*]*Ctorum, quid: & Papiniani officium.*
60 *Centesima usura quæ sit.*
61 *Numerus dierum, ex quo mensis constat : explicatio dict. leg. lecta.*
62 *Ubi nulla petitio, ibi nulla mora.*
63.64 *Analysis d. l. lecta. qualis.*
65 *Hottom. conatur Pauli sententiam in d. l. lecta. quatuor argumentis refutare.*
66 *Consideratio l. petens. C. de pact.*
67 *Consideratur l. 135. §. Seja. h. t.*
68 *Conditionales stipulationes quando committi dicantur: & quomodo mora in continenti purgetur.*
69 *Consid. l. 134. §. idem respondet plurunq;. h. t.*
70 *Consid. principium d. l. 135. h. t.*
71 *Consid. l. 6. C. si cert. peta.*
72 *Anton. Faber sentit pactum inesse stipulationi, si ita etiam apertè concipi potuisset stipulatio: & analysis d. l. 6.*
73 *Eadem ratio & idem sensus est d. l. 6. qui est l. qui negotia. ff. mand. si cum l. singularia ff. de reb. cred. conferatur.*

74 *Ex generali regula elicitur specialis decisio, non contrà: nec hypotheseos specialitas arguit rationis decidendi specialitatem.*

75 *Consil. l. in bonæfidei. C. de pact. & l. 7. §. quinimo ff. eod. cujus analysis num 76.*

77 *Exempla regulam non restringunt, & continuatio analysis in d. §. quinimò.*

78 *Vis vocis,* etiam, *enucleatur: & quatenus verum, inclusionem unius esse exclusionem alterius.*

79 *Sententia l. 3. de rescind. vend. repetitur & declaratur.*

80 *Pacta quæ contra jus & honestatem, ne quidem bonæfidei actionibus insunt.*

81 *Mutuo licet pactum pignoris, loci, diei, conditionis, &c. adjicere.*

82 *Pacta, quæ formam mutui corrumpunt, non insunt.*

83 *Cur usuras mutui causâ rectè stipulemur, non tamen paciscamur.*

84 *Cur mutuo pactum non possit addi, ut plus quantitate reddatur; minus tamen reddere liceat.*

85 *Regula de interpretandis stipulationibus non sola est stipulationum, sed omnium aliorum contractuum.*

86 *Officium judicis etiam ad strictas actiones extenditur.*

87 *Contra essentialem proprietatem pactum factum vires non habet.*

88 *Informare & reformare, quid: & quòd bonæfidei contractus à strictis ex eo non sunt discernendi, quasi soli bonæfidei solo consensu fiant, nunquam rem desiderent ad sui perfectionem.*

89 *Quæ præfationibus continentur, censentur in stipulatione repetita.*

90 *Consil. l si certis annis. C. de pact.*

91 *Donatio non est bonæfidei, cui pactum tamen inest.*

92 *Expositio l. in conventionalibus 52. h. t.*

93 *Lex contractus, quid.*

94 *Prætorias stipulationes prætor interpretatur.*

95 *Veterum phrasis attendenda.*

96 *Cur Donellus recedat ab interpretatione communi in dict. l 52. h. t.*

97 *Repetitio præcedentium brevis.*

98 *Sententia Novell. 22. §. disponat.*

99 Nol-

99 *Nolle est. cujus velle: & cur d. l. 52. cum Cujacio & communi interpretanda.*

100 *Vulgò credunt per l. 3. C. de rer. permut. probari pactum absumi per stipulationem subsecutam.*

101 *Vox*, pars. *quid significet.*

102 *Non semper pactum absumi per stipulationem subsequentem.*

103 *Alia Cujacii distinctio non admittitur.*

104 *Formam non in unica significatione accipimus.*

105 *Prætoria à prætore emendantur & supplentur: nisi cùm in conventionalis degenerant.*

106 *Ubi prætor cavere jubet, possunt etiam contrahere conventionalem.*

107 *Id, quod ad mentem refertur, lex interpretationis dicitur.*

108 *Cujus est interpretari, ejus est legem contractui dicere.*

109 *Claris standum est verbis.*

110 *Rursum interpretatio l. 52. h. t.*

111 *Stipulatio pura est, aut non pura.*

112 *Qua sit pura stipulatio.*

113 *Cedere, venire diem.*

114 *Verbi* cedere *varia significatio.*

115 *Hottom* Ulpianum, *vel potiùs* Trebonianum *inscitiæ arguit.*

116 *Pura stipulatio exemplo declaratur.*

117 *Cur sit pura dicta.*

118 *Non pura qua, & cur.*

119 *Non pura ut sit, consistit in diei & conditionis adjectione.*

120 *Ex die, cujus efficacia.*

121 *Particula ex, quid significet.*

122 *Tutor & obligatio ex die, constituitur, at non rectè hæres instituitur.*

123 *Ad diem, quomodo contrahatur.*

124 *Omnis in factum exceptio, potest fieri ex accidenti doli mali.*

125 *In diem stipulatio quid.*

126 *Dies expressè vel tacitè adjicitur.*

127 *Locus diem tacitè adjicit.*

128 *Ex ipsa re quandoq; dies inest.*

129 *Conditio tacita ex re resolvitur in diei incerti adjecti-*

nem: & semper tantum temporis, etiam pura obligationi inest, ut dari, fieri commodè possit.

130 Quantum verò temporis intelligatur inesse, arbitrio judicis committitur.

131 Conditio quid.

132 Conditio non est ipse casus, sed ea adjectio, quæ casum habet.

133 Quid intersit inter conditionem & casum.

134 Notatio vocis, conditio, & significatio.

135 Bartolus non bene definit conditionem.

136 Nec satis accuratè Hottomannus.

137 In præsens vel præteritum collata, an sit revera conditio.

138 Sola verborum conceptio non facit conditionem.

139 Conditio inest expressè vel tacitè.

140 Operis patrono promissis tacita inest conditio, si indicantur.

141 An differentia inter operas certas & incertas, officiales & artificiales.

142 Conditio & qualitas stipulatoris sæpe facit, ut tacitam habeat conditionem.

143 Sine causa petendi non est mora: & quid in servo ejus, qui ab hoste captus.

144 Conditio tam fortuita, quàm potestativa & mixta est in eventu posita.

145 Conditio erit honesta & possibilis.

146 Causalis quæ sit conditio.

147 Potestativa quæ.

148 Mixta quæ.

149 Status obligationis non debet pendere ex alterius arbitrio.

150 Differt conditio ipsius stipulationis à conditione rei.

151 Cùm volueris, &, si volueris, differunt.

152 Stipulatio annua, an sit conditionalis vel pura.

153 Legatis stipulationes adsimilantur.

154 Sed in hoc casu manifesta est differentia inter legata & stipulationes.

155 In aliis etiam differunt.

156 Stipulatio una est, qua continetur, ut singulis annis quid detur vel fiat.

157 Ratio.

158 Consid. l. pen. §. 1. h. t.

159 Hoc

159 *Hoc anno, vel prò sit biennium dabit? qualis stipulatio, & quis ejus effectus.*

160 *Cur in legato annuo aliud, quàm in stipulatione.*

161 *Consid. l sancimus §. pen. C. de donat.*

162 *Consid. l si servus communis. § cùm servus. de serv. stipu.*

163 *Legatum annuum quando sit perpetuum & ad heredes transitorium.*

164 *Ad Kalendas, in Kalendis, intra Kalendas, an differant.*

165 *Eadem stipulatio habet fa; è simul diem & conditionem.*

166 *Si sit in non faciendo conditio, an etiam ei insit dies.*

167 *Cùm petiero, dare spondes? an pura sit vel conditionalis stipulatio.*

168 *Quid si patronus eo modo operas stipulatus.*

169 *Arbitratu Lucii Titii restituis? an conditionalis sit stipulatio.*

170 *Est hic differentia inter stipulationes & legata: cùm legatum tale censeatur purum: non etiam stipulatio.*

171 *Constituere enim debet hoc arbitrium obligationis statum.*

172 *An in stipulatione locum habeat Mutiana cautio.*

173 *Impossibilis conditio affirmativè concepta vitiat stipulationem, negativè prolata puram efficit.*

174 *Impossibile & impossibilitas, an Latinum.*

175 *Ex triplici causa oritur impossibilitas.*

176 *Impossibilitatem per naturam describit Justinianus.*

177 *Cui annumeratur temporis angustia.*

178 *Lamiæ & magi virtute diabolicâ feruntur.*

179 *Jure quid sit impossibile.*

180 *Ferretus negat hæc esse impossibilia, quæ jure talia vocâtur.*

181 *Alii referunt ista ad naturæ impossibilitatem.*

182 *Honestas non est ipsa natura, sed à natura recta promanat.*

183 *Quod promittitur, & quod promissioni adjicitur, differunt.*

184 *Negativè concepta impossibiles conditiones producunt obligationem statim, quia constat, contrahentes consensisse purè.*

185 *Facto impossibile quid.*

186 *Impossibile perplexi quid.*

187 *Hæc perplexi impossibilitas interdum interpretatione commodâ reducitur ad possibilitatem.*

188 *Difficultas facti propè inducens impossibilitatem qua, & quis effectus.*

189 *Ratio hujus principalis conclusionis.*

190 *Cur impossibilis & turpis conditio vitiat contractum, non autem heredis institutionem.*

191 *Consid. l servo manumisso ff de condict. indeb.*

192 *Formula, quod Titius tibi debet, cùm debitor esse desierit, dare spondes? quid sibi velit.*

193 *Alia facti species, de qua dubitatum.*

194 *Liber homo non recipit æstimationem.*

195 *Distinguunt quidam inter stipulationem pœna sub impossibili conditione, & quamlibet aliam.*

196 *Modus & accessio stipulationis esse potest.*

197 *Quid sit modus.*

198 *Quid si impossibilis modus adjiciatur.*

199 *Aliud modi exemplum.*

200 *Electio in alternativis est debitoris, nisi convenit, ut creditor eligeret.*

201 *Consid. l. 12 & l. 109. h. t.*

202 *Accessionis significatio.*

203 *Accessio sit persona aut rei.*

204 *Accessio etiam persona est, si convenit, ut fidejussor detur.*

205 *Omnia, quoad fieri potest, debent stipulatione comprehendi: & reliqua per interpretationem supplevi.*

206 *Locus, res, persona, & similes circumstantiæ sunt attendendæ tanquam argumenta interpretationis.*

207 *Interpretationis ordo quis servandus, remissivè.*

208 *Voluntas hominis cum legis & statuti dispositione convenire debet.*

209 *Quàm variè in rem sit considerandum circa interpretationem faciendam.*

I. CONCLUSIO.

1 STipulatio † propriè est stricti juris contractus. l. 5. §. fin. l seq. utroque loco. Duar. ff. de in lit. jur. l. un. C. §. sed etsi non ignoremus. ibi gloss. & Dd. C. de rei uxor. act. §. actionum. Instit. de actio. l 6. Cod. si certum petatur. Anton. Faber lib. 5. conject. cap. 10. Nicola. Mozz. in tractat. de contractibus. tit. de stipulation. cap. quæ actio oria. ex stipul. nu. 4.

2 † Hoc enim adjunctum ei essentiale, atque ita proprium & inhærens est, *ut c. 3. nu. 143.* quoq; obiter annota-

notatum: adeò, ut illam actionum divisionem in *bonæfidei & stricti judicii* Angelus appellaverit *substantifitam ad d. §. action. Instit. de action. quam ibidem Mynsi. num. 2. & seqq. & Zasi. in Rubr. de action. num. 1.* à qualitate intrinseca sumptam asserunt: quia à substantia & qualitate naturali proficiscatur: & rursum *in d. §. action. n. 1. Instit. cod.* † Nam etsi in stipulatione, omniq; alio 3
contractu, bona fides necessaria est; cùm per fraudē & machinationem contrahere nefas putetur, *l. bona fides. C. de act. & oblig. l. & eleganter 7. ff. de dol. mal. l. dol. C. de inutil. stipulat.* non tamen hæc fides ex propria stipulationum cæterorumq; strictorum contractuum substantiâ proficiscitur, ut accidit bonæfidei contractibus. *Bald. ad d. l. & eleganter 7. col. 2. vers. in eadem gl. ff. de dolo malo. l. domum 57. in fin. ff. de contrah. empt. Duar. ad d. l. alias. ff. de in lit. jurand. Zasius in d. §. actionum. num. 1. & Mynsi. nu. 2. 3. 4. 5. 6. 10. & seqq.* Sed adjunctum est adhærens tantùm & accidentarium. † Ideoq; dolus & 4
fraus bonæfidei contractum modò corrumpit, ut quod actu contrahi videbatur, jure non sit, *l. & eleganter 7. ff. de dol. mal. Mynsi. d. §. actionum. num. 11.* modò ita iniquum reddit, ut ex seipso sese emendet; non etiam contractum stricti juris: quemadmodum prolixè *c. 3. à nu. 104. usq; ad nu. 170.* disceptatum est. † Nam 5
exceptio doli & violentiæ inest bonæfidei contractibus. *§. bonæfidei. ibid. Dd. Instit. de act. l. sed etsi ideo ff. solut. matrim. l. si is cui. ff. de furt. l. hujusmodi. §. qui servum. ff. de lega. 1. Cujac. obs. 17. lib. 3.* † Hinc illa promanat dif- 6
ferentia formularum, de quibus Valerius Maxi. *lib. 8. cap. 2. Cic. in Topi. & passim* Donel. post Zas. Mynsing. Schneid. item Hottom. *ad §. actionum. & §. bonæfidei. Instit. de action.* Duar. *ad d. l. 5. in fin. l. seq. ff. de in lit. jurand. & de pact. ad l. 7.* Nam si actio ex contractu dat bonæ-

fidei, nullâ certâ formulâ judex concluditur, sed ei ex bona fide libera arbitrandi potestas conceditur: non etiam si stricti juris sit actio: tametsi in his etiã ex fide bonâ quandoq; quid fieri oporteat; veluti, si actio sit ex testamento, juxta Duareni doctrinam *ad l.6.ff.de in lit.jurand.* vel arbitraria, *§.præterea.Inst. de act.*

7† Nam sola fidei vel arbitrii mentio non efficit bonæfidei actionem, etiamsi in formula agendi exprimeretur: sed ita demum ostendit esse bonæfidei, si & ex natura & proprietate negotii in judicium deducendi bonæfidei ratio haberi jubeatur, ut ex bona fide, vel quod æquius melius fuerit, judex condemnet vel absolvat. *l.præses.C.loca.l.1.l.ex empt.11.ff. de action.empt.* De quo formularum genere, & utrum arbitrariæ actiones sint species strictarum actionũ,

8 nunc non attinet disputare. † Hoc jam satis erit indicasse, differentiam actionem bonæfidei & stricti juris non esse invectam à formularum agendi differentia: sed has formulas esse profectas ex ipsorum negotiorum seu causarum essentiali proprietate & propria omnium contractuum & causarum differentia; cùm talem oporteat esse causam, qualis est effectus & contrà. Id autem ab omnibus observabatur jurisperitis, negotia quædam occurrere, quæ adeò natura sua bonam fidem insitam & coagmentatam haberent, ut sine ea prorsum non essent, aut imperfecta apparerent: quædam verò requirerent quidem bonam fidem, verũ ita tamẽ, ut & sine his subsisterent; imò quandoq; ob fidem violatam contra-

9 cta viderentur. † Ita.n.actio *de dolo malo* nascitur propter fidem ruptam: condictio furti, & actio furtiva, & actio in factum, ob rem malè judicatam, ob damnũ injuriâ datum: quia aliquid dolo fraudéve aut

impe-

imperitiâ negligentiáve commissum, vel factũ est, contra bonam fidem. Item condictio indebiti datur, quòd contra bonam fidem bis idem exactũ est, vel id solutum, quod solvi non oportebat. Hac observatione edocti sunt; quædam negotia proprietate suæ naturæ esse bonæfidei, & bonam fidẽ, tanquã ingenitam qualitatem, requirere; ut sine ea, aut corrupta planè sint, aut mutilata: quædam verò strictã rationem potius, quàm bonam fidem, ad suę substãtię qualitatem adsciscere. Ideoq; negotia alia constituêre bonæfidei, alia stricti juris. *d. §. actio. Inst. de act. d. l. unica. §. sed etsi non ignoremus, cum similibus. d. l. domũ 52. in fin. de contrah. empt. l. bona fides 31. ff. depositi. l. cùm venderem 21. ff. locat. l. 1. l. ex empto. ff. de actio. empt. l. cum duobus 52. §. venit. ff. pro socio. l. præses. Cod. loc. l. 3. C. quib. ex caus. major. in integ. rest.* † Quid ergo? an bonæfidei 10
contractus ex eo definientur, in quibus alter alteri obligatur de eo, quod alter alteri ex bona fide, h. e. ex bono & æquo, præstare oportet? stricti juris contrà, in quibus non obligatur ultra id, quod conventum est? utique; secundùm Angel. Zas. Jas. Mynsi. Schneid. & cæteros Interpp. *ad d. §. actionũ. Inst. de act. per §. fin. Inst. de oblig. ex consen. l. hoc jure 152. §. fin. ff. de reg. jur. l. 1. vers. est enim. ff. de æstim. act.* † Sed in eo non sub- 11
sistemus: addere oportet: quorum substantiæ essentialiter bona fides inhæret, *per d. §. fin. Inst. de obl. ex consen. d. l. hoc jure 152. §. fin. ff. de reg. jur.* & essentialiter inest, ut innuit Ulpia. *in d. l. hoc jure 152. §. fi. de reg. jur. d. l. l. vers. est enim. ff. de æstim. act.* † Nam, ut alter alteri obli- 12
gatus sit, etiam citra tacitam vel expressam conventionis legem de eo, quod ex æquo & bono præstare oportet, non extrinsecùs, sed ab intrinsèca formæ qualitate proficiscitur: sicuti ab ignis calore pro-

emptione & venditione, in depositio, in commodato. Hinc si me aliàs mutuo non daturum dolo malo inducas, ut tibi ipsi mutuo dem, qui ejus animi es, ut nunquam mihi reddas: hic tamẽ dolus, hæc fraus, contractum non redderet ipso jure nullum; neq; tu etiam propter hunc dolum in plus mihi condẽnandus esses, quàm mutuo accepisses. Quod verũ quoq; est si utrinq; decipiendi animus esset. † Idem accidit 16 stipulationi: Quid enim si tibi Stichum, quem vilẽ putabam, promisissem, tu verò sciens, valde bonum esse, à me ita circumvento stipulatus es? Contractus consistit, nec ex sese emendationem doli producit, sed extrinsecus adscisit per doli mali exceptionem, *ut c. 3.* satis discussum est. Quid si tibi Stichum promisissem: in dando autem moram facerem, qui interim operis suis magnum mihi lucrum adjiceret: an etiam has tibi operas unà præstare teneor? Minimè. Siquidem, hac fide non constat stipulatio, ut omnis mora abesse debeat, ut nihil fraudis in ea esse debeat: sed solummodo, ut rem promissam talem tradam, qualis promissa est. Promittebatur autem solus ac nudus Stichus, non etiam ejus operæ ac labores. Itaq; etiam judex me tantùm condemnabit, ut Stichum dem, non ut unà cum Sticho lucrum ex operis ejus acquisitum tradam. *arg. l. 5. in fin. l. seq. & ibi. Dd. post gloss. ff. de in lit. jurand. l. stipulationum 74. l. seq. l. si filius familiàs 78. §. fin. l. si rem 28. l. seq. in fin. h. tit.* Quod si vendidissem Stichum; & soluto precio moram facerem, quia fidem contractus violassem, cõdemnaret me judex, non solùm Stichum tradere, sed & lucrum ex operis à tempore moræ acquisitum, omnesq; accessiones: Quia ob fidem ruptam incipere cedere rei principali vẽdite. *l. ex empt. in princ. §. vẽ-*

ditorem.l.Julianus 14.§.si fructibus.§§.seqq.ff.de actio.empt.

17† Nec contrarium huic est, quòd si quid præstari promissum sit, morâ factâ, liceat in id, quod interest, experiri. *l.si fundum 114.h.t.* Siquidem, *ut suprà cap.5. nu.6.* traditum est, multum refert, an factum sit promissum, an verò res aliqua. Etenim cùm facti promissio præcisè non obliget, tacitè comprehendit ejus, quod interest, promissionem. *l.si quis 13.§.fin.ff.de re judic.l.ubi autem 75.§.qui id quod.h.t.§.fin.cum ibi not. Instit.de verb.obliga.* Itaq; nec hæc præstatio vicem facti promissi subiens, est ex bona fide & naturâ negotii contracti, sed ex tacitâ contractus lege, quę instar pacti inest, & vi conventionis obligat. Ex hoc fonte profluunt reliquæ etiam differentiæ bonæfidei & stricti juris actionum, de quib. Interpp. *ad d.§.*

18 *actionum.*† Quibus ita discussis, facilè liquet, non solùm *actiones*, sed & causas earum, nempe *contractus & negotia*, unde oriuntur, optimo jure distingui in bonæfidei & stricti juris: cùm hæc res à singulorum substãtiali qualitate generetur: & talis sit causa qualis à suo effecto arguitur. W*esenbec.ad §.fin.num.Inst. de oblig.ex consens.* Unde Modestinus ostensurus, ex stipulatione donationis causâ factâ ob moram usuras non deberi, rationem petit à causæ qualitate formali: Quia donatio sive stipulatio donandi causâ contracta, non reperiatur in numero contractuum bonæfidei: *Maximè*, inquit, *cùm in bonæfidei contractibus donationis species* (h.e. stipulatio donandi causa cõtracta) *non deputetur.l.eum qui 22.ff.de don.* & Ulpianus *in l.ex empt.11.§.qui autem habere.vers.ibid.* ait: ibi: *neq; enim*, inquit, *bonæfidei contractus patitur hanc conventionẽ.ff.de act. empt.* Et Maximinian⁹ Imp. *in l.in bonæfidei 13.C.de pact. In bonæfidei contractibus ita demũ*, inquit, *ex pacto actio cõpetit*

petis &c. Et rursum Diocletian. itemque Maximin. *in l.3. Cod. de reb. cred. & jure juran. In bonæfidei contractibus, nec non etiam in cæteris causis inopia probationum* &c. iidem Impp. *in l. in minorum. Cod. in quib. caus. in integr. rest. necess. In his*, inquiunt, *quæ moram desiderant, id est, in bonæfidei contractibus & fideicommissis, & legatis.* Rursum *in l.3. quib. ex caus. major. in contractibus qui bonæfidei sunt, etiam majoribus, officio judicis* &c. Audiendus itaque non est Duarenus *ad l.5. vers. & in bonæfidei judiciis. ff. de in lit. jurand.* asseverans, apud veteres non inveniri *bonæfidei contractus*, vel *stricti juris contractus*, nisi in corruptis exemplaribus, sed *stricta actio, strictum judicium, stricti judicii actio: bonæfidei actio, bonæfidei judicium.* Nec ad rem facit, ita *in l.3. ff. commod. & dict. l.5. ff. de in lit. jurand.* JCtos loqui. Nam & *in l.7. §. quinimò. ff. de pact.* videmus Ulpianum id, quod paulò antè *judiciis* tribuit *bonæfidei*, mox ad *contractus* referre: quando ait: *Pactum interdum formare actionem, ut in bonæfidei judiciis: Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæfidei judiciis.* Hæc explicans, paulò pòst: *Ea enim pacta*, ait, *insunt, quæ legem contractui dant; id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* † Ex quo liquet, solere JCtos hæc promiscuè accipere, & unum ex altero intelligere. 19

Deinde ex his illud quoque manifestum evadit, cur hæ *in dict. §. actionum. & seq. Institut. de action.* enumeratæ actiones tantùm sint bonæfidei; non hanc esse tantùm causam, quia lex voluit, ac si sola lex bonæfidei actionem faciat; ut voluit Wesenbec. *in d. §. actionum. num. 2. ad verb. bonæfidei sunt hæ. per l. fin. Cod. de petit. hered.* Illud enim *per d. l. fin.* non probatur: quæ duntaxat veterem JCtorum altercationem in fine tollit, ut amplius dubitare haud liceat, hanc actionem hereditatis scilicet petitionem esse bonæfidei, quod

Justinianus etiam annotavit *in d. §. actionum.* Imò verò, cur lex ita voluit, aliqua ratione mota est, nempe quòd videret horum negotiorum substantiam habere fidem bonam congenitam, & ut Ulpianus loquitur, *ineſſe his bonam fidem & doli præstationem* ab ipsa natura. *dict. l. hoc jure. in fin. de reg. juris. cum similibus. dict.*
20 *§. fin. Institut. de oblig. ex consens.* † Prætera hoc quoque consequens est, hoc actionum discrimen neque jure civili, neque Canonico esse sublatum, sed confirmatum potiùs. De civili jure nullum est dubium. Etsi verò solennes formularum solenniumimpetrationes sublatæ inveniuntur *tit. Cod. de formul. & impetra. subl. l. fin. Cod. de interdictis:* natura tamen singularum actionum inviolata permansit, imò repetita & confirmata est à Justiniano *in d. §. actionum. cum duobus seqq. Institut. de action.* ut scil. in his, quæ bonæfidei sunt, judex non sit exactè adstrictus ad formam libelli & quantitatem petitam strictè, sed ex bono & æquo judicare, quantoque æquiùs meliùs rem æstimare ac definire possit, debeat: Contrà si stricti juris sit, inhæreat summæ petitæ & formæ libelli. Wesenbec. *post alios ad dict. §. actionum. numero 1.*
21 † Libellus enim ejusque conclusio ex singulorum negotiorum & actionum medulla conficietur; alioquin aptus non est, de qua re disputant Angelus, Jas. *num. 12. & seqq.* Schneidew. *à num. 98. & deinceps. 1.* Jas. Mynsing. *ad §. omnium. Institut. de actionibus.* Abbas *ad cap. ex parte B. extr. de foro compet.* Rofred. Beneventan. *in tract. at. de ordin. judiciar. & de libellis in jus Pontific.* Johan. Ferra. Papiens. *per tot. suam praxin.* Joh. Oldēdor. *in class. action. tit. de form. libell.* Gail. *lib. 1. observat. 61.* &c.
22 † De jure Canonico scrupulum injecit Baldus *ad c. unic. in fin. extr. de plus petit.* & Jason *ad §. actionum. & in*

§. qua-

§. quadrupli. Instit. de actionib. Existimant hi & quidam alii, quoad substantiam & mentem juris Canonici, nullum esse ampliùs inter actiones discrimen; sed in omni actione ex æquo & bono judicare oportere: cùm jus Canonicum solam sequatur æquitatem, neglecto rigore: quippe hęc verba tantùm inter homines sonare oportet, *est est, non non*: Quam opinionem Cagnol. communem perhibet *ad l. 2. Cod. de resciud. vend.* † Jus, ajunt, Canonicum naturam imitatur: naturale autem jus nullam statuit differentiam inter contractum empti-venditi, & stipulationem, vel mutuum: sed omnis illa bonæfidei & stricti juris contractuum differentia à jure civili prodita est. 23

† Verius tamen est, quod Fulgos. Alexand. Abbas & novissimè Wesenbec. *ad dict. §. actionum. num. 1.* asseruerunt, ne quidem jus Canonicũ hanc abrogasse differentiam, propter expressum textum *in c. cùm ecclesia. extr. de caus. posses. & propr. ubi glossa in cap. fin. extr. de depos. & cap. cùm venerabilis, extr. de except.* neque potuisse: quippe hæc differentia non est nuda à naturali ratione, neque accidens separabile, vel adhærens, sed inhærens & essentiale: undé & *substantificum* appellatur per ea, quæ Angel. Zas. Mynsing. & alii *ad dict. §. actionum. facit text. in l. hoc jure 152. §. fin. ff. de regul. jur. §. fi. Instit. de oblig. ex consens. l. domum. in fin. de contrahen. empt. l. bona fides 31. ff. depos. l. 3. §. fin. ff. pro socio. l. 1. vers. est enim. ff. de action. æstim.* Formalem autem qualitatem jus Canonicum tollere non potuit: alioquin ipsam sustulisset substantiam, *Polanus libr. 1. Dial. cap. de adjunct. Julius Scaliger exercita. 23. sol. 168. & exercitat. 325. sect. 2.* Neque etiam facile est, juris liquidò constituti correctionem introducere: quin laborandum potiùs, ut una eademq; consentiens utriusq; illius juris 24

ratio introducatur, maximè in his, quæ periculum conſcientiæ non habent. Imò ſi in ſtrictis juris judiciis à tenore petitæ quantitatis recederet judex, metuendum foret; ne conſcientiæ vim inferret: quia natura negotii hanc ei poteſtatem non daret, ſicut in bonæfidei fit judiciis. Hanc ob cauſam Jaſ. quoque à Baldi opinione receſſit, & nominatim perſtrinxit *in l. quod te. num. 34. ff. de rebus credit. ſi cert. pet. & ad l. etſi poſt tres. num. 27. & 28. ff. ſi quis caution. judic. ſiſtend.* † Multò ergo minus permiſſum eſt, privatorum pactis hoc discrimen tollere, ut poſſe ex Bald. *conſil. 343. libr. 1.* Weſenbec. *ad dict. §. actionum. num. 1.* docuit; qui per clauſulam conſuetam, alles trewlich vnd ohn gefehrde / putat induci, ut ex ſtricti juris contractu fiat bonæfidei: quia doli excluſio videtur obtinere vim bonæfidei *juxta dict. leg. hoc jure 152. §. fin. de reg. jur.* Imò verò jura naturalia; & ſubſtantialia ſingulorum negotiorum; neque ex prætorio, neque ex ſolenni jure, privatorum pactis quicquam immutadum eſt: quia actionum modus vel lege vel per prætorem introductus privatorum pactis non infirmatur. *l. nec ex prætorio 27. ff. de regul. juris.* Nam etſi pacta in continenti adjicere licet, ea tamen oportet talia eſſe, ut rei ſubſtantia nõ deſtruatur, ſed integra maneat, *per dict. leg. nec ex prætorio. l. jus publicum. ibi Dd. ff. de pact.* † Deinde hæc clauſula, alles trewlich vnd ohn gefehrde / nihil aliud eſt, quàm clauſula, *dolum malum abeſſe, abfuturumque eſſe, de qua ſupr. ex l. ſi id quod aurum. 22. verſ. ſed ex doli mali clauſula tecum agam, ſi ſciens me fefelleris. l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi quis dolum. l. doli 119. l. ex ea parte 121. hoc tit. l. noviſſima 19. ff. judicat. ſolvi. l. hæc verba 69. cum ibi notatis. ff. de verbor. ſignificat. l. hoc ita. in fin. ff. de re judic. l. 5. ff. uſufruct. quemad. cave. l. ſi cùm 68. ff. de contrah. empt.*

empt. l. 4. §. Labeo. ff. de dol. mal. except. Sicut autem stipulatio, *dolum malum abesse, abfuturumque?* mutuo, vel stipulationi; aut cuicunque alii negotio subdita ex eo contractu non facit contractum bonæfidei, nec ipsa quoque stricti juris stipulatio esse cessat, *d. l. doli 119. d. l. ex ea parte 121. dict. l. si id quod aurum 22. d. l. stipulatio ista 38. §. si quis dolum. d. l. hoc ita. d. l. 5. d. l. hæc verba 69. cum ibi annotatis:* ita nec hæc Germanorum consueta clausula, treulich vnd ohne gefehrde/ *bona fide & absque dolo malo*; cõtractus principalis, cui accedit, naturam mutat, vel alterat, sed in casum adhibiti doli cavet, ut de eo in id, quod interest, promissor sit obligatus, *juxta dict. l. si id quod aurum 22. dict. l. doli 119. d. l. ex ea parte 121. dil. novissime. d. l. 5. d. l. hæc verba 69. &c.* Quibus ita expeditis, restant adhuc duo, quę circa hanc conclusionem dubium faciunt. † Nam cùm certum sit, ad- 27
juncta propria, quæ & essentialia & substantialia vocantur, esse immutabilia; adeò, ut si quis ea tollat & adimat, ipsam rem sustuliſſe, substantiam destruxisse, & ignem sine calore, aquam sine humore dixisse videatur, juxta ea, quæ Polan. & alii Logici prædicto loco, & Scaliger *d. exercit. 23. exercit. 325. sect. 2.* Ramus *lib. 1. de fide cap. 4.* Aristot. *in phys. lib. 8. passim:* ex eo, inquam, mirum aut falsum videri posset, quòd audemus stipulationi, cæterisque contractibus non enumeratis. *in dict. §. actionum. & seq. Instit. de action.* attribuere stricti juris qualitatem naturalem: cùm tamẽ aliquo casu, nempe, quando de dote competit actio ex stipulatione, inveniatur bonæfidei. *§. fuerat. Instit. de action. l. unic. §. sed et si non ignoremus. §§. seqq. Cod. de rei uxor. act. Bald. Novell. de dote. parte 3. num 9. & 10. part. 4. num. 2. & multis seqq. & part. 8. privileg. 4. Nicol. Mozz. de stipulation. cap. qua actio oria. ex stipulat. num. 5.* † & Cujac. 28

in observat. 17. lib. 3. per l. Seja 42. ff. de mort. caus. donat. l. adversus fratrem. C. de except. tradat, quamcunque stricti juris actionem fieri, per exceptionem vel replicationem doli mali, bonæfidei. Verùm si rectè quis *dict. §. fuerat. & d. l. unic. §. sed et si non ignoremus*, inspiciat, facilè intelliget, stipulationem ejusque actionem, in dotis quoque causâ naturâ suâ & per se stricti juris permanere: fieri autem bonæfidei, non ex sese, nec in ejus substantiâ mutari hanc naturalem qualitatem, sed transfusam in eam rei uxoriæ actionem esse bonæfidei. Quæ igitur qualitas ex dispositione novæ constitutionis inesse huic contractui dicitur, nõ inest, quia defierit hoc casu esse stricti juris, & effecta sit bonæfidei, manẽte stipulationis proprietate integrâ; neq; inest ipsi stipulationi, ut stipulationi, sed ut ei, in quam alia actio trãsfusa, inserta & copulata est, quæ hanc proprietatem naturalem secum attulit, quam stipulatio, revera, vel legis fictione intercedens, non consumpsit, sed stare in suo vigore permisit. Nec objiciat aliquis, hæc duo contraria uni eidemque subjecto inesse simul non posse: Quia non insunt stipulationi circa idem, & secundùm idem; sed secundùm aliud & aliud: uti hoc casu etiam, ex stipulatione actio nõ est nuda ac sola, sed quæ in se etiam continet aliam, nempe rei uxoriæ, naturâ suâ bonæfidei actionem. Ideò Justinianus *in d. l. unica. §. sed et si non ignoramus: accommodetur*, inquit, *cinatura rei uxoriæ & bonæfidei beneficium: & omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. Si quid autem optimum*, &c. Quibus sanè verbis aperte ostẽdit, se strictam stipulationis naturam non tollere: sed addere ei rei uxoriæ actionis naturam, hoc est, ipsam rei uxoriæ actionem inferere &

infundere; ut ex duabus nunc quasi composita constet. Quod rursum liquet ex his verbis: *Ut sit & nova ista ex stipulatu, quam composuimus, & non propria tantùm, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata.* Et *in §. primum itaque: Ita*, inquit, *si quid ex actione rei uxoriæ supervenerit, addatur*, &c. Idem uberiùs probant verba Justiniani *in dict. §. fuerat: Omne jus, quod res uxoria antè habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur*, transtulimus, &c. Extorsit autem hanc translationem unius actionis in aliam dotis favor, cujus causa publica est; ob quam sæpissimè à juris regulis recedimus. † Quod 29
autem Cujacius de doli mali exceptione cuivis actioni oppositâ, & naturam strictæ actionis in bonæfidei mutante, tradit, mihi verum non videtur; uti etiam Dorotheus, quem hac in parte secutus est, contradictorem nactus fuit interpretē Græcum *lib. 47. βασιλικῶν. titul. 3.* ipso Cujacio confitente: cujus fundamenta facilè ex supra relatis colliguntur. Jam enim non ab initio & naturâ hæc differentia existeret, sed per accidens: Deinde JCtus Ulpianus & alii non rectè distinxissent actiones, quibus doli præstatio & bona fides ineset, ab iis, quibus non inest, *in d. l. hoc jure. §. fi.* Tertiò exceptionis est elidere & excludere actionem condemnationemque, eámve minuere, non autem mutare vel formam, vel formæ qualitatem, juxta exceptionis definitionem *in l. 2. l. exceptio 22. ff. de except.* quod nominatim quoque ad doli mali exceptionem refertur *in leg. 6. §. eod.* nec major ei vis, quàm judicati, quàm facti exceptioni & replicationi *in l. exceptiones 20. eod. l. 2. §. circa primam. §§. seqq. l. 4. §. præterea. §. quæsitum est. §. Labeo et fi. ff. de doli mali exception.* tribuitur. Porrò non major potest esse vis

exceptionis doli mali, quàm ipsius actionis, quia una eademque utriusque causa est, *l.1.l.2.ff.de dol.mal. except.* At de dolo malo actio, neque aliam efficit actionem, vel judicium, ut sit bonæfidei, neque ipsa bonæfidei est. *§.præterea.Instit.de action.* Sed nec hujus tam notabilis, si esset, effectus in amplissimo tractatu Pandect. de dolo malo & de doli mali exceptione mentio fit. Quæ omissio aut insignis negligentiæ haud cogitandæ argumentum est, aut arguit, talem
30 effectum huic exceptioni non competere. † De stipulatione, cui exceptio doli objici potest, disserens Ulpianus eam elidi, ei nocere exceptionem affirmat; minimè, quòd per eam actio ex stipulatu incipiat fieri bonæfidei, *l.2.§.si quis sine.§.seq.§.& generaliter.l.4.§.quæsitum est.§.Labeo,etsi ex stipulatu.ff.de except. doli mal.* Imò si opposità hac exceptione fieret bonæfidei, condemnatio posset arbitrio judicantis ex bonâ fide augeri, minuive: imò penitus aboleri, ut natura fert bonæfidei actionum. Atqui tanta potestas non competit judicanti, sed adhuc condemnatio fiet in id, quod promissum est, licet, si ex bona fide ageretur, reus foret absolvendus, aut non in solidum condemnandus. *d. l. 4. §.item Labeo scribit, si quis*
31 *in servum fugitivum.ff.eod.* † Non obstat *dict.l.Sej.42.de donat.mort.caus.* Casus quidem ille est, quem Cujac. recenset: nempe, Sejam donasse mortis causâ omnia sua bona Titio cognato: & tradidisse, retento sibi usufructu, eo pacto adjecto, ut si Titius præmoreretur, proprietas ad se reverteretur, donec ipsa quoq; decederet; ut tunc tandem bona hæc ad Titii liberos pervenirent. Titius ante Sejam obiit: filii Titii singulas res à Sejâ vindicant, atque ita etiam res donatas: illa doli mali exceptionem rectè objicit; quia

dona,

donationis conditio defecerat. Hactenus, inquam, rectè: Quod autem sequitur: *Bonæfidei autem judicio cõstituto, quærebatur, an mulier promittere debeat se bona cùm moreretur filiis Titii restituturã: incurrebat hæsitatio non extorquendæ donationis, quæ nondum in personam filiorum initium acceperat*, &c. An ille ℣f. rectè cum præcedente cõjungatur, & exponatur de eadem singularum rerum vindicatione, cui opponebatur exceptio doli mali: an verò hic à superiore distinctus casus & distincta actio intelligi debeat? in eo aqua totius difficultatis hæret. Putat Cujac. accipi oportere de eodẽ illo judicio, eademq; actione, cui opposita erat doli mali exceptio, ut ita facta sit bonæfidei: *Nónne*, inquit, *apertè indicat per exceptionem doli judicium illud arbitrarium, id est, vindicationem evasisse bonæfidei?* Hanc enim vim esse vocis *constituto*: nam si de diversa actione intellexisset Papinianus, non dixisset, *constituto*, sed *instituto*. Deinde etsi gloss. & alii referunt ad petitionem hereditatis, alii ad legatorum & fideicommissorum considerationem, quæ bonæfidei contractibus æquiparantur *in l. 3. C. in quib. caus. restit. in integr. necess.*: utrumq; tamen fieri ineptè, tum quòd Papiniani tempore petitio nondum fuerit bonæfidei, quam talem Justinianus jam pridem fecit, *in l. ult. C. de petit. hered.* tum quòd hîc non agatur de legatis & fideicommissis, sed de mortis causâ donatione, quæ hac in parte non assimilatur illis, sicut aliis quibusdã certis casib. Papinianũ ergo hoc respondere: institutâ rei vindicatione, si oppositâ exceptione doli mali, judicium factum sit bonæfidei; tum hoc deinde quæri, an possit exigi cautio ejus donationis in tẽpus mortis collatæ nomine? quia regula juris sit, *in actionibus bonæfidei cautionem ante tempus exigi posse, ex justa*

causa: de quâ idem Cujac. *obs. 37. lib. 17. ex l. in omnibus 41. ff. de jud.* Sed obtinuisse, cautionem non esse invitis Sejâ decernendam, &c. Hæc, inquam, Cujac. tradit. Ego verò puto, glos. & alios Interpp. præsertim Græcum illum Dorotheo contradicentem, rectè docuisse; illa verba, *bonæfidei autem judicio constituto*, non esse accipienda de vindicatione singularum rerum, cui opposita erat exceptio doli mali: sed per casuum disjunctionem Papinianum loqui de aliâ, à priore diversâ, actione, ut & de diversâ re, quæ per eâ petitur: eamque actionem puto esse hereditatis petitionem.

32 † Nam quod Cujac. præsupponit, tempore Papiniani non fuisse bonæfidei, illud fide apud me caret: cùm Justinian. *in d. l. ult. in fin. Cod. de pet. hered.* non dicat, se hanc actionem jam primùm facere bonæfidei; *sed, illo, ne in posterum dubitetur, observando sua & ipsa hereditatis petitio omnimodò bonæfidei judiciis connumeretur.* Dubium ergo veterum tollit, non constituit, ut sit, quæ hactenus bonæfidei nullo modo fuit. Idem apertiùs dicit *in dict. §. actionum. Instit. de action. Quanvis enim, usque adhuc*, inquit, *incertum erat, inter bonæfidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset, annon; nostra tamen constitutio apertè eam esse bonæfidei disposuit.* Dubium apud veteres oriebatur, quòd actio in rem esset: & rursum, quòd quamplurimas reciperet præstationes, quæ bonæfidei actionibus propriè conveniunt: & has potissimùm post editum Senatusconsultum *in l. item veniunt 20. ll. seqq. l. sed et si lege 21. & toto tit. de petit. hered.* Et quid vetat cõjicere, Papinianum cum iis

33 fecisse, qui bonæfidei esse perhibebant? † Deinde judicium non constituit exceptio, quæ, lite jam susceptâ & contestatâ, objicitur: sed prætor illud constituit, dato judice & formulâ agendi; litisque contestati-

stationem antecedit, ut ex Cic. *pro Cæcin.* & aliis locis patet: de quo *in Glitio 36. de verbor. signif.* & Hottom. *in Lexico & observationib.* Et quis unquam dixit, judicium constitui per oppositionem exceptionis vel replicationis? Sed nec absurdum est, *constituere* dicere pro *instituere.* Nam qui *instituit actionem*, & de ea judicem accipit, is etiam judicium constituit: quippe quòd illud judice, actore & reo constat. † Sententia 34
Papiniani hæc ergo videtur esse: Filii Titii præmortui aut singulas res à Seja vindicant, aut bonæfidei actionem instituunt, cautionem præstandæ pecuniæ, cujus dies nondum venit, petentes, juxta *d. L. in omnibus. de judic.* priore casu repelli debent doli mali exceptione; tum quòd prima donatio defecit ob conditionis defectum; tum quòd secunda nondũ sit confirmata, ut quid ad illos possit ejus pertinere: & ita dolo petunt, quod ipsorum non est. Posteriore casu nihil impetrabunt, ob naturam constituti judicii, quòd hanc quoque cautionem bonâ fide, ex justâ & inopinatâ causâ exigi velit, si jam dies pecuniæ cessit, nondum autem venit. *d. L. in omnibus:* Ideoque judex, uti ex justâ causâ hanc cautionem posset decernere condemnando, ita ob dolum & fraudem agentium denegare potest absolvendo: Quia hæc doli exceptio, etiam non allegata huic judicio inest: cui cõsentiunt ea, quæ Cujac. *in d. observat. 37. lib. 17.* proposuit. † Alterum *in L. 3. Cod. de exception.* longè minùs 35
probat. Facti species hæc est: Vitalis adversus fratrem suum majorem, in cujus tutela fuerat, nondum expertus erat actione tutelæ: at fraude ac dolo à fratre inductus, cum eo pactus erat de non petendo: Quæsitum est, ánne adhuc posset cum eo tutelæ experiri? Dubium faciebat pactum; & metuebat

se repelli exceptione pacti de non petendo, *l. 7. §. si paciscar. ff. de pact.* Deinde cùm actio tutelæ sit bonæfidei; ideoque huic insit doli mali exceptio, atque ita etiam replicatio, *l. sed etsi ideò. ff. soluto matrimon. l. si is cui. ff. de furt.* videbatur quoque huic tacitè per pactũ renunciatum. Sed his non obstantibus, rescribit Antoninus Imper. *Si putet se dolum & fraudem probare posse, tum debere judicio tutelæ Vitalem advers⁹ fratrem quondam tutorem suum cõsistere, nec metuere exceptionem pacti, quam doli mali replicatione sit elisurus:* Quia *replicatio doli opposita bonæfidei judicium* (ut minimè exstinctum pacto videatur) *facit & commentum fraudis* (quia inductus es ad paciscendum) *repellit; argument. tit. Institut. de replicat.* Hanc interpretationem urget primò, quòd in ea facti specie omnino est quæstio de actione bonæfidei tutelæ: cui ipso jure inest exceptio ac replicatio doli, *d. l. sed etsi ideò. ff. solut. matrimon. d. l. si is cui. ff. de furt. l. hujusmodi. §. qui servum. ff. de lega. 1.* Deinde notissimum est, hanc actionem, ut solo & nudo consensu constituta non est, ita nec solo pacto nudoq; dissensu tolli: Quia nec empti actio, re nõ amplius integrâ, contrario pacto finitur, *l. ab emptione. ff. de pact.* Quin & aliàs pacta non ipso jure tollunt obligationes, sed exceptionis vel replicationis ope, cùm jus non sint, sed factum. *l. si unus. §. pactus. §. seq. ff. de pact.* Itaq; valde ineptũ esset dicere, actionem bonæfidei tutelæ intentatam, contra quam opponeretur exceptio pacti, vel similis aliqua, fieri bonæfidei, si replicatione doli mali elideretur pacti exceptio. Itáne id, quod per se jam esset, hæc actio inciperet fieri per hanc replicationem? Nec incommodum illud tollit, sed auget, quod Cujacius arbitratur, actionem bonæfidei per pactum dolo malo extortum, remissam,

missam, non tam per se, quàm per exceptionem, vel replicationem bonæfidei constitui. Si enim, antequam pactum fieret, actio fuit bonæfidei, aut adhuc talis etiam post pactum factum manet, utiq; aut ob pactum de non petẽdo oportet eam desiisse esse bonæfidei, & incepisse fieri stricti juris: aut denique penitus extincta erit, ut per exceptionem vel replicationem doli resuscitetur potiùs, quàm non extincta demonstretur. At nõ desiit ob pactum subsecutum talis esse; alioquin illud etiam aliis actionibus accideret: neq; per pactum erat ipso jure extincta: alioquin nec contrario pacto liceret priùs illud de non petendo tollere, contrà quàm *in l. si unus. §. pactus. ff. de pact.* cautum est: nam semel extincta obligatio non reviviscit, nisi ex integro negotium agatur: Ideoque hæc replicatio potiùs docet, per pactum neque extinctam esse ipso jure actionem, neque satis firmam produxisse exceptionem ob dolum in eo extorquendo adhibitum: Magis itaque est, ut qualis hæc actio ante pactum fuit, talis nunc etiam perduret esse, nempe bonæfidei: neque hanc qualitatem, quam ab initio ingenitam habuit, denuò accipiat vel recipiat per doli replicationem.

I. EXCEPTIO.† *Unico itaque casu stipulatio enumeratur inter contractus bonæfidei, nempe eo casu, quo rei uxoriæ actio, in eam de dote est transfusa. d. l. unic. §. sed etsi nõ ignoramus. C. de rei uxor. actio. d. §. fuerat. cum ibi not at. Inst. de action. Nicol. Mozz. de contract. tit. de stipula. cap. qua act. oria. ex stipul. Bald. Novell. tract. de dot. part. 4. nu. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & seq. Anton. Gubert. in tractat. de matrim. cap. singul. dot. num. 20.* Sed cùm hæc investigatio prolixior pertineat ad tractat. de dote, hîc supersedebo. 36

II. CONCLUSIO.

37 PActa † *stipulationibus conventionalibus in cõtinenti adjecta, tam ex parte stipulatorum, quàm promissorum insunt: non etiam prætoriis stipulationibus.*

l. in conventionalibus 52. h. titul. l. lecta 40. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. petens. C. de pact. l. 4. ff. eod. gloss. Paul. nu. 3. in fin. & 4. ad l. 7. §. quinimò. ff. de pact. & ad l. petens. nu. 12. & 13. post gloss. Bart. Cyn. Bald. C. de pact. ibid. Castr. nu. 8. & ad d. l. 7. juris gentium. §. quinimò. num. 15. 16. 17. ubi communem ait post Bald. colum. 5. vers. venio ad gloss. quæ incipit. ff. de pact. Bald. in d. l. petens. Cod. eodem. Communem testatur Alciat. ad d. l. petens. num. 1. ex Alexandro & Decio. Alciat. ad l. bonæfidei. num. 2. & 3. Cod. de pact. per l. scire debemus 29. §. ut mixtâ unâ summâ, vel specie, quæ non fuit in præcedente stipulatione, nõ fiat novatio, sed efficiat duas esse stipulationes.

38 *ff. h. t.* † Nam *in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant: prætoriæ verò stipulationes legem accipiunt de mente prætoris, qui eas proposuit: quinimò in prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neq; addere, neque detrahere,* inquit Ulpianus *in l. in conventionalibus 52. hoc titulo.* Sed hoc omne prætori reservatum est, ut eo adhibito, quid addatur detrahatúrve pacto, *l. 1. §.*

39 *fin. de prætor. stipulation.* † Itaque hæc contractus lex, hoc est; pactio illa efficit, ut quid insit stipulationi, eiúque inhæreat ob placitum contrahentium in continenti secutum: quod alioquin non fuisset ex hoc contractu debitum vel indebitum futurum. *dict. l. lecta 40. dict. l. in bonæfidei. dict. l. petens. dict. l. 7. §. quinimò.*

40 † Hinc *formam* appellant *contractus per accidens*, item

41 τύπον καὶ κάνονα, &c. † Sed hîc plura in controversi-

versiam veniunt: nos duo tantùm discutere tentabimus. Primò enim quæritur, utrum verum sit, quod hîc dicimus, pacta stipulationibus conventionalibus in continenti addita inesse ipsis stipulationibus. Deinde, quis sit intellectus *d.l. in conventionalibus 52. h. tit.* à Donello in dubium vocatus? Utrum verò quid dicatur *in continenti fieri*, supr. alibi attingebatur: & utrum actio ipsius contractus, vel præscriptis verbis, aut utraque ex pacto in continenti subsecuto detur, alterius loci erit. † Initiò quidam ex 42
veteribus veluti Porcius *Instit. quib. mod. re contrah. obligat. colum. 2.* Fulgos. & Petrus Interpres, cujus Baldus meminit & Cynus: item Socyn. *ad l. 1. §. si stipulanti. ff. h. t.* referente Alciato *ad d.l. in bonæfidei. num. 2. C. de pact.* quàm ex neotericis; veluti Cujac. *ad l. 7. §. quinimò. de pact. & lib. 10. observa. 24.* Donell. *ad l. in bonæfidei. l. petens. C. de pact. & ad l. lecta 40. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Borch. *de pact. cap. 6. nu. 53. & seqq.* Hottoman. *de jurisprud. ad l. lecta. ff. si cert. pet.* fuerunt, & etiam nunc sunt, qui negativè concludunt, existimantes, pacta cõtractibus stricti juris ex parte quidem rei, non autem actoris inesse: aut si insint ex ejus quoque parte, tantum inesse, quoad detrahendum & minuendum, non etiam ad agendum; extendendum & augendum obligationem. Nituntur *l. si ex precio 6. Codic. si cert. petat. ubi in fin.* negatur, pactum de præstando fœnore inesse mutuo: & hoc probare, stipulationem pacto adjectam obligare: at non contrà. Secundò *per l. lecta 40. ff. de rebus credit. si cert. petat.* Ubi quidem Paulus affirmat, repudiata aliorum sententia, pactum ex continenti subsecutum, inesse stricti juris contractui: atque ita stipulationi, etiam ex parte actoris: sed facti species satis superque ostendit, Pau-

lum hoc non indefinitè decidere, sed definitè; nempe de eo casu, quo pactum in continenti factum detrahit stipulationi: non ubi quid adjicit & actionem extendit. Tertiò urgent verba *l. in bonæfidei. C. de pact. & l. jurisgentium 7. §. quinimo. ff. de pactis.* ubi Ulpianus emphaticôs proponit: *pactum interdum formare*, hoc est, parere (ut ex antecedentibus & consequentibus per ὑπαύξησιν propositis liquet) *actionem*, sed tantùm in bonæfidei judiciis: *Solemus*, inquit, *dicere, pacta conventa inesse bonæfidei judiciis.* Ergo à contrario sensu, stricti juris judiciis non insunt, ut informent
43 actionem. † Nam & aliâs inclusio unius est alterius exclusio: præsertim si inclusio fiat per particulam, *etiam*, ut *in dict. l. jurisgentium 7. §. quinimò. vers. sed hoc sic accipiendum*, autore Cujacio, *d. observ. 24. lib. 10.* Quartò urget Cujacius *l. 3. ff. de rescind. vend.* ubi Paulus differentiam proponit inter contractus stricti juris & bonæfidei: ac si his ipso jure insint pacta ex intervallo secuta, ut detrahant aliquid; illis saltem per exceptionem. Si itaq; hæc differentia est inter hos contractus, ut revera secundùm Cujac. est, quo ad pacta detrahentia ex postfacto secuta: meritò quoq; differētiam statuere oportet, quo ad pacta in continenti adposita, ut adjicientia & extendentia tātùm insint strictis contractibus ex parte rei; & saltem detrahentia ex parte actoris. Quintò moventur *per l. si tibi 17. ff. de pact. & l. rogasti. §. si tibi. ff. de rebus credit. si cert. pet.* Ubi pactum detrahēs mutuo inesse dicitur: pactum verò adjiciens, inesse negatur. Sextò pro hac sua assertione proferunt *l. quicquid 99. ff. hoc titul.* ubi generalis traditur regula, quicquid dictum non sit in strictis contractibus, id nec supplendum esse per pactum vel interpretationem. Septimò in facti specie *l.*

Titi-

Titius. ff. præscript. verb. pactum de præstando tributo in continenti erat insertum mutuo: attamen hoc pactum inesse negatur; sed aut nihil esse actum, aut fateri oportere, contractum vi pacti degenerasse in innominatum. † Octavò; in materia, inquit Fulgos. 44
differenti argumentum debet esse differens, *per l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquiren. possess.* Actiones autem bonæfidei differunt à strictis. *§. actionum. Instit. de actionib.* Ergo licet pactum informet bonæfidei contractum, non tamen stricti judicii. † Nonò, 45
informare, est *extendere* actionem veterem; Gloss. Bartol. Bald. Castrens. *ad d. l. 7. §. quinimò. ff. de pact.* Alciat. *ad l. in bonæfidei Cod. eod.* At stricta actio non recipit extensionem, *l. 5. in fi. l. seq. ff. de in lit. jur and. d. l. quicquid 99. ff. hoc tit.* † Decimò, publica jura pactis privato- 46
rum non mutantur. *l. jus publicum. ff. de pact.* Certæ autem sunt strictorum contractuum formæ publico jure inditæ; nempe ut mutuum re, stipulatio verbis, nomen literis, & ita deinceps contrahatur. Nequit ergo privatorum pactis in continenti adjectis fieri, ut informentur, & ea insint: quia adversantur ipsis negotiorum formis solennibus ac publicis: cùm nudo ac solo consensu illa constent. *l. 1. ff. de pact.* Undecimò secundùm Donel *ad dict. l. in bonæfidei. nu. 13.* facit manifesta differentia, quæ est, inter contractus bonæfidei & stricti juris, ista: quia contractus bonæfidei, qui consensu solo perficiuntur, omnem consensum, ut naturæ suæ convenientem, admittunt: Contractus autem stricti juris, quia aut rem, quæ sequatur, aut verba præter consensum desiderant: idcirco ex consensu & pacto sine re, aut verbis nullam recipiunt obligationem, seu obligationis extensionem. Duodecimò proponamus, inquit,

conveniſſe inter nos, ut mihi fundum Tuſculanum dares: præterea ut accederet ad hunc fundum inſtrumentum: deinde ſtipulatum eſſe me, nullâ inſtrumenti mentione factâ, ſimpliciter; *fundum mihi dari?* Ajo, inſtrumentum neque ex pacto, neque ex ſtipulatu peti poſſe: quamvis pactum factum ſit, eodem tempore, quo ſtipulatio: Ex pacto non, quia ex nudo pacto non naſcitur actio: ex ſtipulatione non, quia inſtrumentum in ſtipulationem non eſt deductum, ſed nudus fundus. Nihil enim ex ſtipulatione deberi poteſt, quod ſtipulatione non continetur, ſeu quod ſtipulationis pars non ſit. Atqui hoc pactum, ſtipulationis pars factum non eſt, *per l. petens. & l. ſi certis. C. de pact.* quorum in altero reſcripto dicitur, peti poſſe ex ſtipulatione, quod pacto promiſſum eſt, ſi ſtipulatio ſecuta ſit placiti confirmandi cauſa: in altero ita pactum obligare, ſi placitis, hoc eſt, iis, quæ placita ſunt, ſtipulatio interceſſit: nam ſi de una re pactum factum ſit, de alia re eſt ſtipulatio: facile eſt intellectu, pacti ſervandi cauſa ſtipulationē non eſſe ſecutam. Hujus minorem, ex eo etiam Donellus confirmat, quòd quæcunq; pacta ſtricti juris contractibus adjiciuntur, non poſſunt eſſe pars ejus contractus ob naturam repugnantem, quæ ſolo conſenſu contenta non eſt, ſed præter conſenſum hoc ampliùs requirit, aut rem vel factum, aut verba aut literas. Nunquam ergo ineſſe ſtricto contractui pacta in continenti adjecta ex parte actoris. Decimotertiò veterum quidam pro hac opinione ſtabilienda uſi ſunt etiam *argu. l. legem 9. C. de donat.* ubi diſtinguitur, an donationi pactum, vel ſtipulatio ſubdita ſit; ut hoc caſu ex ſtipulatu, illo præſcriptis verbis agatur. Poſtremò in hanc ſententiam etiam aſſci-

sciscebant *l.unic.§.accedit.C. de rei uxor. action.* ubi traditur, olim rei uxoriæ actionem extraneo paciscenti, *sibi dotem soluto matrimonio restitui*, datam fuisse, non etiam ex stipulatu, nisi nominatim sibi stipulatus esset restitui. Nam hæc de dote ex stipulatu olim non erat bonæfidei. † Sed his non obstantibus communi opinioni inhærendum esse arbitror. Initiò enim 47
ex l.1.§.cùm adjicitur.h.t. clarum est, satisque *suprà. c. 4.* discussum, placitum in continenti subsequens adeò inesse stipulationi, ut eam ipsam quoq; cõservet interpretando, & approbando, sive quid adjiciatur, sive quid detrahatur. Deinde vehementer probat hãc sententiam *d.l.in conventionalibus 52. h.t.* Et quamvis Donellus eam conetur distorta interpretatione effugere, nequit tamen, ut infra apparebit. † Tertiò 48
secundùm Alciatum convincitur idem *per dict.l.scire debemus.vers.secundùm quod evenit.h.t.* Ulpianus enim exponens hanc regulam, *tot esse stipulationes, quot res*; ostendit, eam quoq; tum locum habere, si quis factæ stipulationi certam aliam summam vel speciem subjiciat per pactionem: quia nõ fieri novationem: ideo censeri duas effici stipulationes: unam scilicet quæ præcessit; alteram, quæ secuta est ejus summæ vel speciei, quæ cum pacto præcedente mixta est per pactum in continenti additum. Etsi cuiquam hæc interpretatio dura videri possit; aut putet exaudiri oportere hæc verba: *ut mixtâ unâ summâ vel specie* (cũ præcedenti stipulatione) *quæ non fuit in præcedenti stipulatione, non fiat* (per sequentem stipulationem) *novatio*; *sed efficiat duas* (primam & secundam) *stipulationes*: tamen cur de pacto potiùs subsecuto accipi debeat; non desinunt esse rationes. Primò enim, si una facta esset post alteram stipulatio de

diversis summis vel speciebus, ineptum foret pro-
49 posita regulæ exemplum. † Nam regula, quam JCtus isto exemplo explanat, non pertinet ad diversas stipulationum de diversis rebus conceptiones: sed ad stipulationem unicam, ad unicam verborum conceptionem, plures res & plures species sive summas complectentem. *l. quod dicitur 86. hoc titu. l. quia dicitur. ff. de eviction.* Itaque ad talem referre stipulationem oportet, quæ unica verborum constat conceptione plures summas vel species habente. Talem quoque censeri oportere illam, cum qua præcedente certa summa vel species mixta est, h.e. pacto in continenti, ut & illa æquè ex ea stipulatione debeatur, subdito. Quorsum enim pertinebit vox, *mixta*, nisi ita intelligatur? Deinde non efficeret hæc mixtura duas stipulationes; sed duæ istæ verborum conceptiones efficerent istas. Nunc autem *in d. l. scire debemus 29. vers. sed efficiat duas.* hic effectus
50 mixturæ illi tribuitur apertè. † Quartò facit *l. 4. §. fi. ff. de pact.* Ubi Paulus: *Ex facto etiam consultus*, inquit, *cùm convenisset, ut donec usura solverentur, sors non peteretur: & stipulatio purè concepta fuisset: conditionem inesse stipulationi, ac si hoc expressum fuisset.* Quamvis verò Donellus, itemque Cujacius contendant, in illa facti specie, tantum ex parte rei inesse, non etiam ex parte actoris: tamen cùm Ulpianus dicat, *hanc conditionem pacto comprehensam inesse stipulationi, ac si hoc expressum fuisset*, eo ipso evidenter monet, ex parte etiam actoris inesse: quippe si disertè in illa verborum cõceptione expressa hæc conditio fuisset, omni dubio careret, quin ex parte etiam actoris inesse diceretur. Ajunt deinde: Imò, hoc pactum conditionis inesse detrahendo, non adjiciendo: quia impediat actionem,

nem, seu actionis exercitium. Sed & alio respectu hoc pactum auget stipulationem; quatenus nimirum in solutione pensionis cessatum fuerit, aggravat & auget obligationem, ut ob defectum conditionis pacto comprehensæ commissa sit stipulatio & parata exactio. † Quintò confirmari solet hæc 51
sententia *per L. venditor 13. ff. commun. præd. Venditor fundi Geroniani fundo Botriano vicino, quem retinebat, legem dederat, id est, hoc onus pacto imposuerat, ne circa eum fundum piscatio thynnaria exerceretur, sed ea tota cederet Geroniano fundo. Quamvis mari, quod omnibus patet, servitus privata lege, id est, pacto imponi non potest; quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit: ideò personæ possidentium fundum Botrianum, aut in jus eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.* Respondet Borcholt, JCtum non asserere, nos obligari per legem, id est pactum stipulationi adjectum, sed per stipulationem venditionis legem. Nam non solùm pactio, sed etiam *stipulatio*, autore Cujac. *ad African. 8. in l. Titius Sempronio. ff. de præscript. verb. mihi fol. 532. lex contractus dicitur.* Sed hæc responsio mihi scrupulum non eximit: imo auget: cùm Cujac. quidem id dicat, nullis autem testimoniis legum probet: imò verò stipulatio addi solet cuicunq; contractui, ejus firmandæ, non interpretandæ & legis causa. *l. 5. §. 1. h. t.* Deinde etsi aliquoties illud largiremur fieri, ut stipulatio legem contractui, cui accedit, dicat: tamen hoc loco ita accipi non posse, cohærentia verborum suadet: ita enim Ulpianus loquitur: *quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit:* (quid ergo? itaque) *personæ possidentium aut in jus succedentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur:* Ecce non dicit, *per stipulationem*

venditionis legem; sed *per stipulationis legem, vel venditionis legem*; ut ostendat, perinde esse, sive vendiderit, sive stipulanti fundum Geronianum promiserit, cui hanc legem dedit, *ne contra eum fundum promissum vel venditum Geronianum circa Botrianum vicinum piscatio thynnaria exerceatur*; utroque casu lege contractus; *lege*, inquam, *stipulationis vel certè venditionis obligatus erit*, propter bonam fidem, quæ vult, ut pacta serventur, nec fides data fallatur. *l. 1. de pact. l. 1. ff. de constitut. pecun.* Ratio igitur constructionis non patitur, ut cum Borcholto interpretemur, *legem stipulationis* de stipulatione contractui emptionis & venditionis legem dante. Non patitur hoc etiam stipulationis & venditionis disjunctio per particulam *vel*: quæ op-
52 positionem casuum facit. † Sextò, tametsi pacto in ingressu mutui facto effici non potest, ut usuræ sive fœnus ex numeratâ pecuniâ debeatur, *l. 3. C. de usur. l. 6. Cod. si cert. pet.* quippe ejusmodi pactum destrueret mutui substantiam, quod gratuitum esse oporteat, ut tantundem, non ultrà reddatur, quàm acceptum est, nisi ex ipsa re quid accedat: pecunia autem numerata nihil ex seipsa generet, quod accessionis vice habeat: tamen ut ex cæteris rebus fungibilibus, puta, frumento, oleo, vino aliqua usura ex ipsis rebus enascens accedat in continenti, pacto cõvenire prohibitum non est, adeò ut ejusmodi accessionis nomine juxta contractus legem experiri fas sit, *l. frumẽti. l. etiam. l. oleo. C. de usur.* Scio, quosdam contendere, hoc pacti genus esse legitimum: quia constitutionibus confirmatum: sed id quod dicunt non probant. Neque propterea continuò legitimum pactum est, quia Imperator aliquis de ejusmodi pacti effectu rescribit: alioquin infinita pacta hodie forent legitima.

ma. Sed necesse est, ut rescripto nominatim jubeantur esse legitima, & vi rescripti valere ac robur obligandi habere; sicuti exemplo pacti donationis & similium convincit *ad l. 6. de pact.* Nihil verò ejus *in d. l. oleo. d. l. frumenti. d. Letiam.* Imò Impp. simpliciter, vigorem suum habere, declarant, nempe vi ipsius negotii, cui accedunt. Et licet in civitatibus speciale sit, ut eis ob creditam pecuniam ex nudo pacto absque stipulatione usuræ debeantur: ut tamen hoc pactum ex continenti factum mutuo insit, in eis speciale non est, sed cum aliis commune habent, *l. Letiam. ff. de usur.* nisi quòd usura in aliis non est habile pacti subjectum. † Septimò emphyteusis est 53
contractus stricti juris, *argum. §. actionum. cum ibi annotat. Institut. de action.* Nec ad rem facit, hunc contractum ex mixturâ emptionis-venditionis, locationis-conductionis esse compositum: mixta autem sub simplicibus continere: Quod verum esse potest, quo ad materiam, non quo ad formam, quæ mixturæ illi impressa est: quippe ex utraque materiæ parte tertium effecit, veluti si quis ex vino & melle mulsum misceat. *§. cum ex aliena. Institut. de rer. divis.* † In emphyteusi autem pacta in conti- 54
nenti addita contractui insunt, sive adjiciant, sive detrahant, tam ex parte actoris quàm rei. *leg 1. Codic. de jur. emphyteut. §. adeò. Institut. de locat. & conductio.* At dixeris, hoc speciale esse propter specialem Zenonis constitutionem *in dict. leg. prima.* quod si regulare fuisset, quid opus hac speciali constitutione? Esset hoc aliquid, si nullus alius textus, nulla ratio alia occurreret communem defendens. Deinde novum non est, ut quæ regulariter solent observari, constitutionibus quoq; sæpè ambiguitatis tol-

lendæ causâ exprimantur. Neque etiam Zeno istam novam edidit constitutionem eo fine, ut specialiter caveret, pacta inesse emphyteusi, si in continenti adjiciantur: sed ut hactenus diffusus, rudis & indigestus, deinceps specialis, proprius, eleganter politus, ac formatus fieret & esset contractus: cui novæ contractus formæ, hoc declarandi & amplificandi causa addidit, ut pacta, si quæ de accessionibus, incrementis & decrementis, fructibus, sterilitate, canone, die, &c. subjicerentur, illi instar cæterorum contractuum inessent. Octavò haud leviter opitulari videtur *l. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet.* quo loci
57 Pompon. tradit; cum quid mutuum datur, caveri posse, ut æquè bonum imò melius, & certo ac justo modo reddatur; & quod agitur tacitè, vel expressè in contrahendo, id pro cauto haberi: ideoque etsi nihil expressè conventum fuerit, tacitè tamen hoc actum intelligi, ut ejusdem generis & eadem bonitate, solvatur quâ datum sit. Ex quo colligitur, tam expressa quàm tacita pacta inesse mutuo: nec dubitatur mutuum esse contractũ stricti juris. Nec obstat, si quis dicat, hanc conventionem esse de substantiâ & naturâ mutui: ideoque non tam pa-
55 cto inesse, quàm ipso jure. † Item cautionis mentionem fieri: intelligi autem cautionem plerunque pro stipulatione, *l. habere 188. §. cautum. ubi Brechæus ff. de verb. signific. l. 6. ff. rem rat. habe.* vel pignoribus, *l. 1. §. jubet. ff. de colla. bono. l. 3. Cod. de verbor. signific.* Sed & in præsenti disceptatione non solùm agitur de rebus extra contractuum causam positis, ut quid accedat vel detrahatur; sed etiam de adminiculis tam naturalibus & inhærentibus, quàm adhærentibus & extrinsecus accidentibus, ut *ex l. 7. §. quinimò. cum ibi nota.*

ff. de

ff. de pact. d. l. venditor 13. ff. commun. præd. l. pacta conventa. ff. de contrah. empt. ibi Bald. l. in bonæ fidei. dict. l. petens. utroq; loco Bald. Salyc. Castrens. & al. Donell. Fortunat. Garcias ad dict. leg. 7. §. quinimò constat. Neque etiam cohærentia textus, quæstionis & resolutionis *in d. l. 3.* patitur, ut *cautum, & cautionem* eo loci accipiamus pro *stipulatione*, sed potius pro *lege* contractus, pacto, dicto, acto, cõvento & quocunque modo promisso, *juxta l. frumenti. l. oleo. l. etiam C. de usur. l. semper in stipulationib. de regul. jur.* qua significatione invenitur *in l. si convenerit 18. §. si quis caverit. ff. de pignerat. action. & in l. quo tutela 73. in fin. de regul. jur. l. epistola. ff. de pact. l. 1. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. si ut certo. §. quinimò. l. in commodato. §. sicut autem. vers. igitur si pugillares. ff. commod.* † Proinde sicuti de- 56
positum contrahi potest cum pacto mutui. *l. 4. l. 9. §. fin. l. seq. de reb. cred. si cert. petat. l. si sacculum 29. in fin. ff. depos.* vel mandati. *l. 1. §. si te rogavero. & seqq. ff. depos.* ita etiam mutuum iniri quit cum pacto depositi, *dict. leg. quod si 10. ff. de reb. cred. si cert. petat.* vel mandati, *ut in leg. rogasti 11. eod. & l. rogasti me 19. ff. de præscript. verb.* Inter omnes autem convenit, si pactum mutui vel mandati insit depositio; hoc inesse etiam ex parte actoris adagendum & augendum. † Et in discernendo, u- 57
trum hoc vel illud alterius sit accessio, inspiciendum esse initium contractus, quid principaliter agatur, *l. 8. ff. mandati. dict. l. 1. §. idem Pomponius. vers. ic. quia hic est primus contractus. ff. depos.* Quid vetat igitur, idem extendere ad eum casum, ubi primus est contractus, h. e. ubi initium factum est à mutuo vel stipulatione, cui pactum depositi, vel mandati, aut societatis, locationis, vel facio ut facias, aut des, vel similis alicujus negotii accessit. † Nonò, manifesta 58
sunt verba JCti Pauli *in l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

Dicebam, inquit, *quia pacta in continenti facta stipulationi ineſſe creduntur*: & paulò pòſt: *Etſi (ut ille putabat) ad exceptionem tantùm prodeſſet pactum (quamvis ſententia diverſa obtinuerit) tamen uſurarum obligatio ipſo jure non cõmitteretur &c.* Reſpondet Donellus *ad d. l. in bonæfidei 14.* & prolixè *ad d. l. lecta*. Paulum non agere de pacto, ex quo ſit actio, quia in continenti ſit additum, ſed de pacto detrahente actioni & minuente eam: ideoque non opus habere, in illa facti ſpecie deciſionem ex eo petere, quod pactum in continenti adjectum etiam ad agendum ex parte actoris inſit: Deinde etſi Paulus hoc ſtatuat, pacta in continenti facta partem eſſe ſtipulationis, & ſtipulatione contineri, hoc tamen dictum generis eſſe reſtringendum ad rem ſubjectam, & intelligendum non de omni pacto in continenti facto, ſed de tali pacto, quod ſit de ea re, quæ in ſtipulationem deducta eſt, non etiam de re aliâ, *argu. l. quicquid 99. ff. h. t.* ut illam, quæ deducta eſt, minuat & detrahat: Multum autem differre inter ſe pactum detrahens & pactum adjiciens: non de hoc, ſed de illo Paulum in propoſita facti ſpecie diſſerere: Ideoq; etiam Pauli verba reſtringi oportere ad ſolum pactũ detrahens. Ut perfectiùs hæc teneamus & evidentiùs appareat, hac reſponſione non ſatisfieri, nec elidi vim argumenti: paulo altiùs hoc reſpõſum repetere placet. *Lecta eſt*, inquit Paulus, *in auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio jurisconſulti (cujusdam) cautio ejusmodi: Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe,*
59 *&c.* † Auditorium intelligimus Jurisconſultorum, ſive prætorium Imperatoris, cui præerat præfectus Æmilius Papinianus: qua ſignificatione frequens ejus vocis uſus eſt, *ut in l. contrà 54. ff. de re judic. l. mulier 22. ff. ad SC. Trebell. l. minor 18. de minor. Dn. Valen.*

Forſter.

Forſter. lib. 2. hiſtor. jur. de vita Papiniani & Ulpiani. Functus eſt hoc magiſtratu Papinianus, imperante Septimio Severo: habuit aſſeſſores Ulpianum, Paulum, Pomponium & alios clariſſimos, de quibus *Dn Valen. Forſter. d. lib. 2. hiſtor. jur. c. 80.* In hoc prætorio & JCtorum coronâ lecta eſt cautio, h.e. cheirographum, & inſtrumentum probandæ obligationis causâ confectum. Facti ſpecies ejusmodi eſt, Publius Mævius credidit L. Titio 1500000 denariorum (ſic enim illa verba, *quindecim mutua numerata ſunt*, exaudienda: ac ſi dicas, quindecim centena millia denariorum mutuo numerata: cujus rei exemplum extat *in l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogon. h. t. l. Publia 26. §. 1. ff. depoſ. §. poſtea. Inſtitut. de ſucceſſ. libert. junct. l. liberto 26. ff. de bon. libert. Plutarchus in Antonio Alciat. ad Cornel. Tacit.* cum quibus tamen conferre licet Anton. Auguſt. *lib. 2. emend. cap. 10.* Alciat. *lib. 3. diſpunct. cap. 2. & ad dict. l. lecta.* Didac. Covarru. *de veterum numiſ. colla. cap. 4. num. 4. & ſeq.*) eaque ſtipulatus eſt ſibi reddi Kalendis proximis: & niſi redderentur, uſuram centeſimam: h.e. ex 1500000 denariis ſingulis menſibus 15000 denarios. † Centeſima enim uſura non ſolùm dicta eſt, 60
quia centeſimo menſe exæquat ſortem, verumetiã quòd ſit ſortis pars centeſima, ut ex Anto. Auguſti. *d. lib. 2. emend. cap. 10.* Didac. Covarru. *de veter. nummiſ. colla. cap. 4.* & aliis idoneis autorib. libet intelligere. Hic enim intellectus eſt illorum verborum: *tunc eo amplius quo pòſt ſolvam* (die ſupraſcripto ſcilicet præterito, morâ jam factâ) *pœna nomine* (h.e. uſuram ſive uſuræ nomine: nam uſura, quæ non præſens, ſed ſub non ſolvendi conditione promiſſa, pœna eſt ſerò ſolventis) *in dies triginta* (h.e. in ſingulos menſes *per l. ſi ita quis 135. cum ibi not. h.t.* † Hic enim dierũ numerus 61

est, ex quo mensis constat fœnori & juri accommodatus, *l. fin. C. de jur. deliber. l. 3. §. ultim. ff. de suis & legit. l. pater 30. ff. ad l. Juliam de adult. leg. jubemus. C. de judic. Donellus in d. l. lectu. ibid. Hottom. & Donellus ad l. ejus qui in provincia. de reb. cred. si cert. pet. Laurentius Sylvanus de feud. quæst. 11.* tametsi trigesimo primo incipiente finiatur. *l. ubi lex duorum 101. cum ibi nota. ff. de regul. jur.*) *inque denarios centenos, denarios singulos* (quæ centesima usura est) *dari stipulatus est* P. *Mævius, spopondi ego Lucius Titius, &c.* Huic stipulationi ilico pactum adjectum est, *ut liceat sortem per quinque pensiones solvere*, hoc est, ut per quinque menses divideretur sortis solutio, ita ut singulis mensibus trecenta millia denariorum darentur. Sic enim accipienda sunt illa verba: *convenit q; inter nos* (pacto scilicet in continenti subsecuto) *uti Publio Mævio* (ita enim legendum est, non, *pro Mævio*, tametsi ex Florentino quidam ita legant) *ex summa suprascripta ministruos refundere debeam, denarios trecenos* (hoc est, trecenta millia denariorum, ut subaudiatur, *millenos*, quasi dicat, trecentenos millenos denarios) *ex omni summa* (i. e. sortis) *ei heredive ejus.* Primus mensis sine solutione transactus est: Publius Mævius petit usuram centesimam integræ sortis, nempe 15000. denariorum. Titius recusat tantam usurarum quantitatem dare, nec amplius se contendit debere, quàm pensionis non solutæ usuram, quæ est trecentorum denariorum juxta pacti sententiam: Quæstionis ergo est, an solida usura transacto primo mense solvi debeat; an verò trecentorũ tantùm millium nomine, quæ sortis pars secundùm placiti subsecuti fidem pensitari tũ debebat? Videbatur quibusdã & præsertim uni ex assessoribus (fortasse Ulpiano, ut quidam conjiciunt, quod ego tamen

men ut credam, induci non possum ob *d. l. venditor 13.*) integræ sortis usuram deberi: quia pactum stipulationi adjectum putabant non inesse usurarum stipulationi, sed ad sortis solummodo solutionem pertinere: ideoq; ad exceptionem tantùm prodesse, ut nequeat integra sors peti: non verò ut integræ usuræ exactio impediatur: Nam hanc ex die stipulationis integrá deberi, nec pacto dividi existimabãt. Contrarium verò Paulo visum est; ejusq; sententia obtinuit. Hic. n. vult, pactum secutum utriq; inesse stipulationi, & non solùm sortis solutionem per plures pensiones dividere, sed usurarum etiam conditionem suspendere; ut primo mense sine solutione elapso, non integræ sortis, sed istius solius pensionis, quæ tum è sorte solvi debebat, usura tantũ petatur. Quod si secundo mense rursum nihil solverit, commissa sit tantùm usurarum stipulatio duarum pensionum, non integræ sortis: Si tertio mense elapso nihil solutũ sit, similiter tantùm trium pensionum, h. e. 900000 denariorũ usura debeatur: & ita deinceps, ut tandem quinto mense præterito, integræ sortis usura integra debeatur. Et illud est, quod Paulus *in vers. igitur finit.* statuit. Argumento autem hoc utitur: quia pacta in continenti facta etiam stipulationi inesse creduntur ob evidentem contrahentium voluntatem, qui non minus ratum & custoditum esse cupiunt, quod pacto statim inter eos convenit stipulationis contrahendæ vel contractæ gratiâ, quàm quod disertis stipulationis verbis expresserunt, *arg. d. l. 3. l. 4. de reb. cred. l. quicquid 99. l. in conventionalibus 52. ff. h. t. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun.* Ideoq; in præsente facti specie perinde est, ac si illud ipsum, quod pacto continetur fuisset stipula-

tione comprehensum, & Publius Mœvius jam ab initio stipulatus fuisset certam sortis partem ejusque usuram in singulos menses. Idq; argumentum proponit & urget Paulus in *vers. dicebam quia pacta.* Refutat deinde dissentientium argumentum *in vers. sed cum sortis.* duplici modo: Primo; Quoties usura promissa est sub solvendi conditione, nō potest stipulatio illa committi pro majore parte, quàm mora fiat. Atqui in hac facti specie, per pactum in continenti secutum effectum est, ut mora solvendi non fieret totius sortis, sed ejus tantùm partis, quam primo mense solvere debebat, nempe 300000 tantùm denariorum; secundo mense similiter 300000; atq; ita 600000 concurrentibus duabus jam pensionibus, & ita deinceps. Ergo etiam in hac facti specie usura major committi non potuit primo mense, quā 300000 denariorum; secundò 600000 utraq; pensione concurrente, non solutâ: Hunc syllogismum proponit *in vers. sed cū sortis.* partibus nonnihil transpositis & confusis. Minor præcedet his verbis: *Sed cùm sortis petitio dilata sit*, h.e. in partes divisa. Conclusio cum majore confunditur in *vers. consequens est, ut etiam usuræ, &c.* q. d. non potest stipulatio usurarum pro majore parte committi, quàm moram debitor facit. Deinde in vers. *non enim in mora est*: minorem prosyllogismo confirmat, qui sumitur ab effectu & vi pacti producentis exceptionem. Hactenus refutavit illud, quod dissentientes contendebant, pactum illud tantùm pertinere ad sortis solutionem, non ad pœnę sive usuræ promissionem. Secundò refutat argumentum dissentientium, ab eo petitum, quòd stipulatio stricti sit juris: pacta autem nō inesse strictis contractibus: Refutat autē dupliciter: primo

per

per negationem ejus, quod pro concesso dissentientes præsupponebant: Negat enim verum esse, *pactum in continenti adjectum ad formandam actionem non inesse, sed solummodo ad excipiendum.* Testatur diversum ab eorum sententiâ obtinuisse in versic. *quamvis sententia diversa* (ab illis scilicet) *obtinuerit*, nempe pactum etiam stipulationi inesse ex parte actoris, & formare actionem. Deinde per concessionem, q.d. imò etsi dissentientibus hoc largiremur, ejusmodi pactum stipulationi non inesse, sed prodesse solummodo ad excipiendum: adhuc tamen in hac facti specie ipso jure integræ sortis usura commissa non esset: quia, cùm ipsis etiam fatentibus pactum reo prosit ad excipiendum, eveniet, ut mora non committatur pro majore parte, quàm quæ juxta pacti formam primo mense vel secundo elapso solvi debebat: idque eodem minoris prosyllogismo in vers. *non enim in mora.* proposito probat. † Cùm nulla petitio ibi sit, ubi nulla mora. *l. nulla intelligitur 88. ff. de reg. jur.* Ubi verò reus aliquis exceptione tutus est, petitio nulla. *l. Marcellus 66. l. non videtur 13. ff. de reg. jur.* Ergo nec mora aliqua. *l. si pupilli 127. hoc tit.* Nunc autem ipsimet adversarii fatentur, pactum prodesse ad excipiendum: Ergo prodest etiam, ut totius sortis mora fieri non intelligatur. Denique sententiam suam confirmat in vers. *sed si quantitatem* argumento à simili, quasi dicat, quemadmodum si centena millia, aut agrum aliquem stipulatus sim sub conditione aliqua; puta si uxorem Romam adduxeris, & adjecero stipulationi, ut existente conditione, nõ modò ager sed omnes etiam fructus interim percepti mihi cedant; vel centena millia mihi præstentur unà cũ usuris ex die stipulationis; cõventio valet: sic eti- 62

tione comprehensum, & Publius Mœvius jam ab initio stipulatus fuisset certam sortis partem ejusque usuram in singulos menses. Idq; argumentum proponit & urget Paulus in *vers. dicebam quia pacta.* Refutat deinde disentientium argumentum *in vers. sed cum sortis.* duplici modo: Primo; Quoties usura promissa est sub solvendi conditione, nō potest stipulatio illa committi pro majore parte, quàm mora fiat. Atqui in hac facti specie, per pactum in continenti secutum effectum est, ut mora solvendi non fieret totius sortis, sed ejus tantùm partis, quam primo mense solvere debebat, nempe 300000 tantùm denariorum; secundo mense similiter 300000; atq; ita 600000 concurrentibus duabus jam pensionibus, & ita deinceps. Ergo etiam in hac facti specie usura major committi non potuit primo mense, quā 300000 denariorum; secundò 600000 utraq; pensione concurrente, non solutâ: Hunc syllogismum proponit *in vers. sed cū sortis.* partibus nonnihil transpositis & confusis. Minor præcedet his verbis: *Sed cùm sortis petitio dilata sit*, h.e. in partes divisa. Conclusio cum majore confunditur in *vers. consequens est, ut etiam usuræ, &c.* q. d. non potest stipulatio usurarum pro majore parte committi, quàm moram debitor facit. Deinde in vers. *non enim in mora est*: minorem prosyllogismo confirmat, qui sumitur ab effectu & vi pacti producentis exceptionem. Hactenus refutavit illud, quod disentientes contendebant, pactum illud tantùm pertinere ad sortis solutionem, non ad pœnę sive usuræ promissionem. Secundò refutat argumentum disentientium, ab eo petitum, quòd stipulatio stricti sit juris: pacta autem nō inesse strictis contractibus: Refutat autē dupliciter: primo

per

per negationem ejus, quod pro concesso disentientes præsupponebant: Negat enim verum esse, *pactum in continenti adjectum ad formandam actionem non inesse, sed solummodo ad excipiendum.* Testatur diversum ab eorum sententiâ obtinuisse in versic. *quamvis sententia diversa* (ab illis scilicet) *obtinuerit*, nempe pactum etiam stipulationi inesse ex parte actoris, & formare actionem. Deinde per concessionem, q.d. imò etsi disentientibus hoc largiremur, ejusmodi pactum stipulationi non inesse, sed prodesse solummodo ad excipiendum: adhuc tamen in hac facti specie ipso jure integræ sortis usura committi illa non esset: quia, cùm ipsis etiam fatentibus pactum reo prosit ad excipiendum, eveniet, ut mora non committatur pro majore parte, quàm quæ juxtà pacti formam primo mense vel secundo elapso solvi debebat: idque eodem minoris prosyllogismo in vers. *non enim in mora.* propositio probat. † Cùm nulla petitio ibi sit, ubi nulla mora. *l. nulla intelligitur 88. ff. de reg. jur.* Ubi verò reus aliquis exceptione tutus est, petitio nulla. *l. Marcellus 66. l. non videtur 13. ff. de reg. jur.* Ergo nec mora aliqua. *l. si pupilli 127. hoc tit.* Nunc autem ipsimet adversarii fatentur, pactum prodesse ad excipiendum: Ergo prodest etiam, ut totius sortis mora fieri non intelligatur. Denique sententiam suam confirmat in vers. *sed si quantitatem* argumento à simili, quasi dicat, quemadmodum si centena millia, aut agrum aliquem stipulatus sim sub conditione aliqua; puta si uxorem Romam adduxeris, & adjecero stipulationi, ut existente conditione, nõ modò ager sed omnes etiam fructus interim percepti mihi cedant; vel centena millia mihi præstentur unà cũ usuris ex die stipulationis; cõventio valet: sic eti- 62

am ſtipulari poſſum, ut per menſes mihi ſortem ſolvas pluribus penſionibus, & niſi ſolveris, præſtes integram uſuram ex hoc ſtipulationis die ad uſque illum diem. Ut verò ejusmodi medii temporis uſuræ vel fructus debeantur, neceſſe eſt illud expreſsè actũ dictumque eſſe: ſi dictum non ſit, uſuræ & fructus medii temporis peti non poſſunt, ſed ſaltem ex die conditionis exiſtentis; cui conſentit *l. hujusmodi 64. h.t.* Sic ergo in preſenti caſu, cùm pacto ſors dilata h. e. diviſa ſit per plures penſiones, non poteſt ex die ſtipulationis integræ ſortis uſura deberi, morâ in totâ ſorte non exiſtente, ſed ſolummodo in parte ejus, quæ ſolvi ſuâ die debebat, nec ſoluta eſt: niſi expreſsè actum fuiſſet, ut integræ ſortis uſura nihilominus debeatur: id autem in præſenti facti ſpecie expreſsè actum non erat. Ergo ex die ſtipulationis integræ ſortis pœna, ſive uſura deberi non poteſt; ſed partis ſolummodo ejus, quæ juxta pacti tenorem ſolvi debebat, nec ſuâ die ſoluta eſt. Hæc eſt analy-
63 ſis *d. l. lecta.* † Quæ primùm nos admonet, duas ejus reſponſi partes eſſe: quarum prior cõtinet facti ſpeciem & quæſtionem uſq; ad *ℽ ſ. dicebam.* Altera cõtinet deciſionẽ quæſtionis: quæ deciſio ita tractatur; ut initio proponatur ratio deciſionis: in *ℽ ſ. dicebam:* Deinde in verſiculo, *igitur finito:* ipſa deciſio: In *verſic. pactum autem.* objectio: objectionis verò refutatio in *verſ. ſed ſi.* confirmatio nova à ſimili in *verſ. ſed ſi quantitatem.* Secundò hinc elicitur, quomodo à Cujacio, Donello & aliis hoc reſponſum inducatur, ad probandum, pactum non ineſſe ſtipulationi ex parte a-
64 ctoris, niſi quaten⁹ detrahit ſtipulationi. † Imò Donellus putat Paulum diſſenſiſſe quidem ab Ulpiano, ſed ejus ſententiam non eſſe receptam: neq; horum ver-

verborum *quamvis sententia diversa obtinuerit*, eam esse mentem: diversum obtinuisse, quo ad illam quæstionem, utrum pactum insit stipulationi ex parte actoris? Sed in proposita facti specie diversam à sua opinione. Verum hęc interpretatio dura, haud consentanea textui; nec sine conjectura: imò analysis argumētorum, quibus Paulus utitur, repugnat; quę exigat, ut ℣ſ. *Quamvis* referetur non ad facti speciem, de qua quærebatur, sed ad jus, de quo investigatio instituebatur. Refutaturus enim diversæ sectæ opinionem, per concessionem dissentientium argumentum proponit; *ſi* (ut ille putabat) *ad exceptionem tantùm prodesset pactum*: Huic concessioni per parenthesin inserit hanc contradictionem sive correctionem concessionis: *quamvis diversa sententia obtinuerit*. Hæc igitur, ut de illo ipso, quod in concessione istâ comprehensum est, exaudiamus, necesse est. Deinde, verba Pauli in ℣ſ. *dicebam*. generaliora sunt, quàm ut ad solam propositam facti speciem referantur, & ex ea restrictionem patiantur. Loco regulæ hæc ponit, *pacta in continenti facta inesse etiam stipulationi*: non solùm huic stipulationi, cui quid detrahit, sed cuilibet etiam alii. Neque verò generalia axiomata ad hypotheses accommodata, propterea patiuntur restrictionem suamq; generalitatem amittunt, quòd hypotheses illæ non sunt universales, sed speciales, quibus adhibentur: imò verò ex hypotheseos specialitate arguitur generalitas regulæ, cùm speciale per æquè speciale decidi non possit. Quare etſi maximè detur, agi in illa facti specie de pacto tantùm detrahente: non tamen ex eo consequens est, hanc Pauli regulam, quam ad decidendum adhibet, se ultra hoc pacti genus non extendere, nec pactum ad-

jiciens comprehendere. Rursum hoc pactum ita detraxit, ut addiderit quoque: Etenim, ut committeretur pœna promissa ex singulis pensionibus, effecit. Et quid novi statuisset tandem Paulus à cæteris, qui ad excipiendum tãtùm prodesse dicebant, si intellexisset suam regulam de pacto duntaxat detrahente? Etenim detrahens non alio modo, quàm per vim excipiendi & repellendi actorem, inest: nec actori prodest, sed nocet. Paulus autem contendit, ex parte etiam actoris inesse ut prosit: Ut ergo insit non eximendo reum, sed obligando, adstringendo, & quo ad vim agendi, necesse est: idque actoris officium, cum rei officio collatum, facilè impetrabit.

65 † Porrò Hottomannus in comment. *ad d. l. lecta.* quatuor rationibus conatur Pauli decisionẽ impugnare, eumque confidentem nimiùm & temerarium appellat: Sed adeò dissolutæ sunt & confidenter conflictæ, ut sẽ ipsas primo intuitu refutent, si cum vera analysi hujus responsi conferas. Quare ea adspergere non lubet. 66 † Decimò ingens robur accedit opinioni communi *per leg. petens. Cod. de pact.* ubi pactum stipulationem præcedens, vel sequens, vel dum stipulatio fit, subnexum inesse stipulationi in tantum apparet, ut hujus pacti gratiâ ex stipulatu rectè agatur. Respondent quidem, hoc non de omni pacto secuto intelligendum esse, sed si ejus placiti causâ stipulatio præcessit, vel secuta est; non etiam si stipulationis servandæ causâ pactum præcedat vel sequatur. Hanc responsionem accepto & retorqueo: imò verò eo ipso fatentur, pactum quoddam inesse stipulationi, etiam ex parte actoris: nam nec communis schola de omni indistinctè pacto intelligit, sed quod in continenti fit de adminiculis stipula-

pulationis. Quod autem addunt, idem non posse admitti, si stipulationis causâ pactum præcedat vel sequatur: non puto juri consentaneum esse: nam & hujus pacti conservandi causa stipulatio præcessit, vel secuta est: Ideoque, si pactum inest stipulationi placiti servandi causâ contractæ, inerit etiam pactum, quod præcessit, vel secutum est stipulationis contractæ vel contrahendæ gratiâ: quia hujus quoque pacti causâ stipulatio vel præcessit vel secuta est: cùm in arbitrio sit contrahentium, legem stipulationi non minùs, quàm cuique alii contractui dicere. *leg. in conventionalibus. ff. hoc titul.* Hoc ut evitent, sunt qui contendunt, ideo in hoc pacto idem non esse, quod in illo: quia si placiti servandi causâ stipulatio fit, in eam pactum deducitur, ut ita ex pacto non nascatur obligatio, sed ex stipulatione, sicuti accidit numerationi. *leg. 6. §. 1. ff. de novationib.* aut si nata fuit naturalis obligatio pacti, ea novetur per subsequentem stipulationem. *leg. 1. leg. 2. ff. eodem.* Nam placiti servandi causâ stipulationem contrahere, nihil aliud est, quàm placitum in stipulationem deducere. *l. pluribus. h. tit. l. duo. ff. pro soc. l. Titia 134. §. fin. h. t.* Sed *cap. 5. nu. 50. 52. 53. & 54.* ostensum est, non absolutè hoc *in d. l. 6. §. 1. & l. seq. ff. de novation.* sumendum, sed ita, nisi aliud actum sit, nempe ut ex numeratione, & ex stipulatione esset negotium contractum; neq; etiam actum, ut illa per posteriorem novetur. Eadem distinctio hîc quoque locum habet: Non nascitur ex pacto, sed ex solâ stipulatione placiti servandi causâ præcedente vel subsequente, obligatio, si hoc expressè actum sit: *per l. si unus. §. pactus. ff. de pact. l. certi 9. §. numeravi. §. seq. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. hoc tit.* novatur pacti

obligatio nata per subsequentem in continenti stipulationem, si hoc expressè eâ stipulatione agatur, *juxta l. fin. Cod. de novat.* Itaque si hoc placeat contrahentibus, ut vis pactorum non pereat per stipulationem, sed ea insit stipulationi, dubium non erit, quin rectè inesse dicatur, modò in cõtinenti factum sit. Sunt, qui aliter atque aliter *dict. l. petens.* interpretantur: sed nobis erit satis, sic ex aliorum concessione argumentari. † Undecimò progreditur *l. si ita quis 135. §. Seja. h. tit.* Seja, mandante Lucio Titio, hortos quosdam emerat suo nomine, & sua pecunia: sed ut traditione ipsa erat domina facta, ita non priùs tenebatur in Lucium Titium mandati causâ dominium transferre, quàm si precium recepisset cum usuris. Titius cùm pecuniam præsentem non haberet, de eâ translatione dominii in futurum sibi prospexit, & à Sejâ stipulatus est, eorum hortorum proprietatem in se trãsferri, tum cùm pretium omne cum usuris ei præstitisset. Cavit Seja, hoc est, stipulanti promisit hac conditione, si precium cum usuris omne recepisset: Deinde in continenti inter utrunq; convenit, hoc est, pactum statim & continenter nullo extraneo actu interveniente interpositum est, ut inter Kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret, & hortos acciperet. Intra Kalendas istas omne precium cum usuris non solvit, sed statim, hoc est, in continenti & eo propè momento, quo terminus ille solutionis præteriisset, nempe ipso Kalendarum die jam finito, & proximo incipiente: reliquum cum usuris obtulit. Quæsitum est, an Seja adhuc ex stipulatione conveniri possit, an verò defeciſse videatur conditio stipulationis?

67

68 † Nam hoc perpetuum est, conditionales stipulationes

nes

nes tum demum committi, ut ex iis agi possit, cùm conditio extiterit. *§. sub conditione. Institut. h. tit.* Videbatur hoc pactum nihil ad præcedentem stipulationem facere, nec ei inesse: aut si inesset, quia intra designatum terminum oblatio pecuniæ facta non esset, perinde sit, ac si conditio extitisset, ut pergeret usurarum stipulatio currere ob moram non offerẽtis. Conditionis quippe est, impedire quidem nascẽdam, natam verò obligationem non tollere, cùm tempus non sit modus introducendæ & tollendæ obligationis. *L. obligationum ferè. ff. de action. & obligatio.* Sed his non obstantibus Scævola respondet, si intra constitutum tempus non solvit, neque obtulit, ex stipulatu cum Seja agere nõ posse, nisi statim & modico tantùm tempore elapso paratus fuisset & adhuc esset solvere, neque mulieris interesset intra præfixum terminum solutum esse. Hæc enim vis est illorum verborum: *interposito tamen modico tempore* &c. Item *ꝟ. f. respondit, posse, si non multò pòst obtulisset, nec mulieris quicquam propter eam moram interesset* &c. ac si dicat, si juxta legem, id est, pactum stipulationi subditum non solvit intra Kalendas Apriles, paratus tamen sit in fine Kalendarum & mox termino elapso, hoc est, jamjam dum finitur, moram in continenti purgare, neque etiam mulieris propter hanc inchoatam & adeò minimam moram interesse cœperit, poterit ex stipulatu agere, ac si intra terminum conditioni paruisset: quod si aut longius, aut modicum spacium præteriit, aut mulieris interesse cœperit ob neglectam solutionis conditionem, dicetur, deficiente stipulationis conditione ipsam deficere stipulationem. *dict. §. sub conditione.* Quibus evidenter elicitur; pactum illud in continenti secutum, partem

fuisse stipulationis, eamq; informasse, & explicasse, etiam ex parte actoris; adeò ut nõ solùm detraheret, sed & augeret diverso respectu obligationem, produceretque obligationem in casum observatæ conditionis. Negat quidem Donellus *ad l. lecta 40. de reb. cred. nu. 28. & in d. l. si ita quis 135. §. Seja. h. tit. num. 3. 4. 5. 12. 13.* ita proponi eo loco illam cõventionem, ut quæstio sit, an ex eâ agi possit? Et an Lucius Titius possit hortorum precia cum usuris post primas Kalendas Apriles petere? Etenim potuisset istos & antè petere propria mandati actione: sed, an precii offerendi potestas, quæ precedente stipulatione infinitè data erat, mutata sit eo pacto: & adeò concluſa intra Kalendas Apriles, ut postea pretium hortorum petendorum causâ offerre non posset, nisi intra modicum tempus & statim offerret, neque interesset mulieris maturiùs oblatam esse. Hæc, inquam, illerectè: sed nondum nodum tollunt: cùm ejus quæstionis occasio & decisio ex ipso pacto proficiscatur: neque in præsenti proficisci potuisset, si pactum ex parte actoris etiam non ineſſet: Nunc autem ineſt adeò, ut actionem ex stipulatione competentem nõ solùm minuat, si conditioni paritum nõ appareret, verumetiam ut augeat, & ex stipulatione obligationem, itemque actionem nasci efficiat, si Lucius Titius conditionem impleviſſet. Ideoque tantùm quæstio restabat, utrum Lucius Titius paruerit legi contractus & conditioni satisfecerit? Ad hanc quæstionem Scævola respondet, hoc posse sciri ex duobus; unum, si intra Kalendas Apriles, vel certè statim modico tantùm tempore intercedente, reliquam pecuniam offerat: alterum, si non interesse cœperit Sejæ: Si alterutrum deficiat, defeciſſe &con-

ditio-

ditionem & stipulationem. Scævola ergo in hac decisione præsupponit, hanc pactionem stipulationi inesse, quia infinitè factam ad certũ tempus per certam conditionem revocavit. Deinde quòd putat Donellus, illa verba, *in continenti*, otiosè poni: durum est dicere. Inveniuntur quidem in facti relatione: sed si in continenti hoc pactum factum non fuisset, peperisset quidem exceptionem pacti, qua Seja agentem repellere potuisset: at non impedivisset actionem ex stipulatu oriri; & frustrà quæsitum fuisset, utrum Lucius Titius agere posset: cùm quærendum fuisset potius, utrum agens posset exceptione excludi. Quare hinc conjicere licet, & quæstionem & responsionem & responsionis declarationem intendere oculos in hoc ipsum; quia pactum illud, de quo quærebatur, in continenti fuisset factum & pars stipulationis effectum. † Duodecimò aliquid 69
in hanc sententiam facere videtur *l. Titia 134. §. idem respondit plerunque. h. tit. Plerunq;*, inquit Paulus, *ea, quæ præfationibus convenisse cõcipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur: sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.* Cujac. & Donel. videntur referre ad exemplum *l. 4. §. fin. ff. de pact. & l. triticum 94. h. tit.* Pacta intelligi inesse ad detrahendum vel ex parte tantùm rei: alii per subsequẽtem stipulationem hoc in continenti effici, aut ut ex pactis illis non sit nata aliqua naturalis obligatio, ut *in d. l. 6. §. 1. l. seq. ff. de nova.* aut si nata putetur, ea sit novata per subsecutam stipulationem. *argu. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. ff. de novation. §. præterea. Inst. quib. mod. obliga. tol.* Sed verba sunt generaliora, quàm ut eam restrictionem patiantur: imò repetita censentur in stipulatione indistinctè, sive augeant, sive minuant, ut in specie *d. l. triticum 94. h. tit.* Neque

etiam omnis in continenti subsequens stipulatio, aut impedit oriri naturalem ex pacto obligationem, aut natam novat: Quid enim si nolint pacta novari? Quid si nolint ob futuram stipulationem impediri naturalem ex pacto obligationem? Nam hoc certum est, novationem non fieri, nisi hoc expressè agatur & dicatur, *l. fin. Cod. de novat.* Nec impeditur obligatio pacti ob secuturam in continenti stipulationem, nisi velint contrahentes, tantùm stipulationem inter se esse, nullum verò pactum: quod si etiam pactum esse velint, ejus confirmandi causâ stipulationem sequi, dubitandum non est, ex pacto quoque esse & manere obligationem, sed in stipulationem, ut ei insit, deductam, *argum. dict. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. & dict. l. in conventionalibus 52. h. tit.*

70 *d. l. petens. Cod. de pact.* † Decimotertiò non inutiliter huc adducitur *l. si ita quis 135. in princ. h. tit. Si ita quis*, inquit Scævola, *promiserit, decem tibi dabo, qua die petieris & eorum usuras in dies triginta: quæro, usuræ utrum ex die stipulationis, an ex die, qua petita sors fuerit, debeantur: respondit, secundùm ea quæ proponerentur, ex die stipulationis deberi: nisi aliud actum manifestè probaretur.* Quid hic *aliud actum* significat? annon illud significat, ac si dicas? *nisi pacto illico stipulationi diversa declaratio de his adminiculis temporum adjecta fuerit?* Non obstant communi o-

71 pinioni, quæ tantopere obstare videbantur. † Nam quod *ad l. 6. Cod. si cert. pet.* attinet, varia ejus rescripti interpretatio profertur. Secundùm Anton. Fabrum *lib. 5. conject. cap. 10.* hanc *dict. l. ex precio 6.* facti speciem constituemus. Vendiderat Nicander adversario suo fundum Botrianum centum: hoc precium novandi causa in stipulationem deduxit: mox convenit, ut ejus summæ, tanquam mutuo datæ quantitatis usu-

ra sol-

ra solveretur. Quæsitum est, an usura peti possit? videbatur enim ex falsâ & nullâ causâ promissa: siquidem neque mutuò Nicander hanc summam dederat, neque novandi causa stipulatus erat, tanquam mutuam. Sed hac subtilitate neglectâ rescribunt Impp. per distinctionem: *aut promisit tibi adversarius tuus usuras per stipulationem; aut nudo pacto*: Illud membrum in principio, hoc in ¶. *si verò citra.* tractatur. Priore casu, Si stipulanti tibi promisit, falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa petitionem usurarum non impediet: quia revera causa suberat, ob quam usuræ rectè promittebantur: posteriore, nihil petes; quia ut Duarenus & alii testantur, odio usurarum receptū non est, ut mutui causa usuræ fœneratitię debeantur citra stipulationem, *l. 3. C. de usur.*

† Secundùm Anton. Fabr. dixerimus, toties pactum 72
inesse stipulationi, quoties ipsa stipulatio expressis verbis ita concipi potuisset: aliàs secus. In prima autem rescripti parte duæ intelliguntur stipulationes: in posteriore una, quæ est novatio; & deinde pactum: in hoc posteriore membro ineptè hunc in modum concepta fuisset stipulatio: *Centum quæ mihi ex Botriani fundi precio debes Kalendis Januarii proximis dare, & ejusdem pecuniæ, quam tibi mutuam dedi, nomine fœnus in singulos menses denariorum tot dare spondes?* Itaque etiam tale pactum, stipulationi præcedenti novanti inesse non poterit. Si cui vel responsio, vel ista facti species displiceat, poterit ita salvis verbis & sententiâ statuere, Impp. distinguere: aut novasti quantitatem precii, per stipulationem, ejusque ita promissæ summæ usuras, tanquam ex mutuo stipulatus es: aut citra vinculum stipulationis nudo pacto efficere voluisti, ut illa ex precio debita quanti-

tas & mutua fieret, & ex ea tanquam mutuo data quantitate usuræ deberentur: priore casu non solùm firma est novatio, sed etiã stipulatio usurarum: Quippe etsi alia causa pro aliâ demonstrata est, non tamen defuit causa, ob quam promitteretur rectè usura: posteriore casu, ne quidem mutua pecunia facta erit; sed simulatus ille contractus pro infecto habebitur; neque usura pacto promissa ex contractu empti-venditi deberi poterit, cùm hoc pactum non sit in continenti emptioni & venditioni insertum, sed ex post-facto, cùm tentaretur inutiliter illa per pactum novatio. Secundùm hanc facti speciem nihil huc faciet: Tantùm quæstio erit, ánne pugnaret
73 eum *l. singularia. ff. de rebus credit. si cert. pet.* at. † Sed eâdem conciliabitur ratione, qua *l. qui negotia. ff. mandat.* Etenim pactum usurarum arguit, non utrinq; hunc fuisse animum, ut mutua fieret pecunia, priore empti-venditi contractu penitus remisso, & sublato: cùm scirent, vel scire deberent, usuras non posse deberi ex mutuo sine stipulationis vinculo. Sive autem hanc, sive illam sequaris sententiam, semper verum manebit, eo loci non tractari quæstionem, utrum pactum in continenti adjectum insit stipulationi? Sed, utrum ex nudo pacto usura mutui causâ deberi possit? de qua paulò pòst. Multò minùs efficietur illud, quod Cujac. Donell. & quidam alii inde colligere conantur, stipulationem scilicet pacto adjectam in continenti, obligare; non contrà: cùm in hac facti specie non in causâ sit, cur pactum usurarũ non obliget, quia non insit unquam stricti juris cõ-
74 tractui; † sed quòd hæc mutui natura sit, ut fœnus, hoc est, usura ex pecunia numerata deberi non possit: quia substantiæ ejus repugnat *per leg. si tibi. 7. ff. de pact.*

pact. & d.l. rogasti 11. §. si tibi. ff. de reb. cred. si cert. pet. Ad secundum satis responsum est in enucleatione *l. lecta 40. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Sanè hoc perpetuò verum est, ex generali axiomate elici posse specialem decisionem: non contrà. Et rursum, hypothesin ex causâ generali decidi: hypotheseos autem specialitatem, non arguere causæ, quæ decidendi gratiâ allata est, specialitatem. Hinc illud logicorum: ex puris particularibus nihil sequi: oportet enim præmissa esse majora & latiora conclusis. † Ad tertiam ob- 75
jectionem venio, & utrique legi eadem responsione satisfieri dico: Negatur enim vel in rescripto, vel *in dict. leg. 7. §. quinmò* bonæfidei actionum ita mentionem fieri, ut per earum inclusionem stricti juris actiones excludantur. Nam si rescriptum respicias, ignotum non est, illud ad certam Marii consultationem editum esse: Et cùm consuleret de actione bonæfidei, nõ fuit necesse, mentionem fieri vel implicitè vel explicitè strictorum judiciorum. Tantùm hæc mittitur Mario distinctio, aut in continenti cum adversario tuo pactus es, aut ex intervallo: priore casu, rectè experieris: posteriore, nõ; cùm ita demum in bonæfidei cõtractibus actio ex pacto competat, si illud in continenti fiat: quòd si postea placeat, id non petitionem, sed exceptionem pariat. Ut quæstio proposita tantùm fuit de pacto bonæfidei contractui adhibito; ita etiam responsionem de eo tantùm genere sequi oportuit. Absit ergo dicere, per illa rescripti verba, *in bonæfidei*, excludi strictas actiones; ne plus vel aliud dicere videamur, quàm ipsi Impp. dicere voluerunt vel debuerunt. † Dein- 76
de cùm *in dict. leg. 7. §. sed cùm nulla.* docuisset Ulpianus, illa pacta, quæ nullam negotii causam habent,

non parere actionem; vel ex sese, vel per aliud; sed saltem exceptionem: statim *in dict. §. quinimò.* quasi per ἐπανόρθωσιν subjicit duplicem ejus regulæ limitationem sive exceptionem per duas regulas contrarias; quarum prior *in dict. §. quinimò.* posterior *in §. adeò.* ibidem tractatur. Nam pacta non solùm fiunt donandi transigendive causa, ut *in leg. 1. ff. de transact.* habetur: verùm etiam contractuum tam contrahendorum quàm contractorum causâ, ut vel legem dent & interpretentur conventum aut conveniendum, vel substantiam negotii in aliud mutent. Prioris generis exempla sunt *in l. 1. & l. 2. tot. tit. de leg. commissoria. tit. de addict. in diem. l. 1. §. idem Pomponius. §. sæpe. ff. depositi. l. contractus. in fin. de regul. juris. l. 8. ff. mandat. l. pacta conventa. ff. de contrah. empt.* & de hoc genere nùc agimus: Posterioris generis exempla hìc non attinet referre, & pertinent *ad dict. §. adeò.* De priore igitur genere quæritur, utrum producant actionem, nécne, sicuti ipsi contractus, quorum causa fiunt? Et videbatur, *ex dict. §. sed cùm nulla.* dicendum, non producere. Nam etsi contractuum causa, h. e. ob negotia contracta vel contrahenda fiant, ipsa tamen nullam negotii formam habent, nec recipiunt. Sed eò non obstante Ulpianus respondet, *quinimò interdum pactum format,* h. e. producit & parit actionem, idque statim Ulpianus probat exemplò, *ut in bonæfidei,* inquit, *judiciis.* Hoc exemplum rectè adduci, & vim probandi habere, testimonio vulgi confirmat: *Solemus enim dicere,* inquit, *pacta conventa ineſſe bonæfidei judiciis.* Quid an indistinctè hoc solemus dicere? Huic quæstioni & objectioni his occurrit verbis: *Sed, hoc sic accipiendum,* inquit, *est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris* (q.d. non solùm

solùm ex parte rei, sed etiam actoris.) *insint: ex intervallo non inerunt: nec valebunt si agat: ne ex pacto actio nascatur.* Confirmat illud exemplo dotis post divortium restituendæ & autoritate Marcelli: & mox exemplo probat alio, quo objectioni alteri tacitè occurrit, in *l. etsi in tutela.* Quid enim dixeris, an indistinctè omnia pacta insunt bonæfidei actionibus, si in continenti addantur? Respondet Ulpianus: *Sanè, si honesta & licita sint & apta, ut contractui dent legem.* Nam si quis majores, quàm statutæ sunt, usuras pacto in tutelæ actione convenit, pactum non inest, sive in continenti convenit, durante pupillari ætate sive eâ finitâ: Nam si durante tutelâ, & ita in continenti, ideo non inest; quia jura ejusmodi pactum improbant: Si finitâ tutelâ & ita ex post-facto: non inest, quia legem non potest contractui dare: Ea enim pacta insunt, quæ legem dant contractui. Legem autem hæc tantùm dant, quæ ex continenti & in contractus ingressu fiunt: quia pars intelliguntur contractus. Quæ ex post-facto sequuntur, pars ejus non fiunt: ideo nec legem contractui dant. Confirmat hoc rursum autoritate Papiniani & exemplo emptionis & venditionis. Ex quo rursum colligit, ea tantùm inesse pacta, quæ in contractu ipso, dum fit, & incipit obligationem producere, ejus causâ contrahuntur; non etiam, quæ ex intervallo: quæ tantùm reo prosunt, & valent ad excipiendum. Hæc analysis *dict. l. juris gentium 7. §. quinimò.* ostendit, nihil ejus ex eo textu colligi posse, quod Cujac. & Donell. conantur. † Certum quippe est, exempla declarandi causa proponi, & regulam non restringere, ut multis Decius *ad leg. 1. de regulis juris. ibidem* Molynæ. *in addition.* idemque 77

Cagnol. & Dyn. ad Rubr. *eodem lib. 6.* testantur. Quòd si *in dict. §. quinimò.* illa verba, *ut in bonæfidei judiciis*, item *ff. quod in omnibus bonæfidei judiciis erit dicendum*, hoc sensu essent accipienda, ut excluderent stricti juris judicia, exemplum æquè generale esset, cùm suâ regulâ regulam restringeret, & non declararet: imò bis idem JCtus diceret: quod absurdum putatur. Deinde si vim verborum inspiciamus, patet, hæc verba, *interdum format ipsam actionem, ut in bonæfidei judiciis*, &c. non habere vim excludendi, sed exponendi & declarandi, nec minima syllaba taxativa, sive exclusiva, invenitur in *ff. solemus enim.* Neque sensus istorum verborum implicat aliquam strictarum actionum exclusionem: sed exemplum modò traditum, testimonio proverbiali juridico confirmat Ulpian. Quòd verò ipsi JCti non dicunt, quòd verba legum non cantant, nec earũ sententia, nostrum non est supplere: ne quid ex privatis affectibus & domesticis adferamus, vel injuriam loquẽ-
78 tibus JCtis faciamus. † Nihil quoque urget vox, *etiam*, quam Cujac. *d. observ. 24. lib. 10.* tantopere urget: quasi per eam singularem emphasin habentem censeantur omnes stricti juris contractus ab hac regula exclusi: cùm illa particula, nota diversorum inter se comparatorum sit, nec habeat respectum ad genera cõtractuum, an stricti vel bonæfidei illi sint, sed ad reum & actorem; ac si dicat: Si quidem ex cõtinenti pacta subsecuta sint; non solùm ex parte rei, sed etiam ex parte actoris insint. Frequentissima hęc loquendi formula est JCtis, ut omissa altera collationis parte, alteram per hanc particulam *etiam*, proponant, veluti *in leg. alienationis. leg. proximi. de verb. significa.* ubi plura exempla adduxi. Quinimò

nulli-

nullibi invenitur hujus vocis vis exclusiva, sed potiùs extensiva, cùm nota sit comparationis, itemque diversorum. Prætereà si vox, *etiam*, intelligenda esset respectu strictarum actionum, & dicendum, per hãc vocem solas actiones bonæfidei includi, ut exclusa intelligantur stricti juris judicia: quàm ineptissima esset sententia & verborum cohærentia. Sic enim resolvenda forent JCti verba: *Sed hoc* (quod dixi, solere nos dicere) pacta conventa inesse bonæfidei judiciis) *sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt etiam* (quasi dicas, tantummodò bonæfidei judiciis, non etiam strictis) *ex parte actoris insint.* Nunc autem correctoria illa particula, *non*, uti etiam vox, *tantummodò*, nullibi apparet, neque antecedentia & consequentia requirunt ita exaudire: imò tota sententia esset subaudienda, quæ neque in proxima enunciati parte, præcedente, neque subsequente contineretur. Ejusmodi autem exauditiones intelliguntur remotæ à voluntate & sententiâ loquentis. Quod ergo dicitur, inclusionem unius esse exclusionem alterius, hîc locum non invenit, quia menti ac voluntati loquentis Ulpiani non convenit. Non enim aliter hoc procedit, quàm si ista sit loquentis sententia, eamque sententiam & verba & sensus urgeant, *argum. l. stipulatio ista. vers. sed si se. hoc tit. ibi Castrens. & Alexand. l. si necessarias. §. de vendendo. ff. de pigner. action. Bald. ad leg. fin. Cod. de act. empt. gloß. in leg. si servus. verb. interest. ff. de condict. furtiv.* † Quartum nihil ad rem facit. Nam *in dict. leg. 3. de rescind. vend.* non agitur de differentia hac vel alia inter cõtractus bonæfidei & stricti juris; sed illa quæstio resolvitur, utrum pactum ex post-facto initum, ut res empta sit inempta, resolvens substantiam emptionis & ven- † 79

ditionis, quæ erat in solo consensu, *tit. Inst. de oblig. ex consens. l. ab emptione. ff. de pact.* æquè etiam censeatur sustulisse stipulationem emptioni-venditioni subditam? Et hoc videbatur; quia sublato principali, tollitur accessorium. *l. cùm principalis. ff. de reg. jur.* Sed nec hoc casu eodem jure nudâ voluntate resolvi stipulationem, quo ipsam emptionem-venditionem, respondet Ulpianus: Nec ideo etiam extingui fidejussoris obligationem, quia deletus sit contractus principalis emptionis & venditionis: cùm unumquodq; eodem modo tollatur, quo colligatum est, nudo consensu, quod consensu nudo contractum; verbis, quod verbis copulatum, &c. *l. prout quisque. de solut. l. nihil tam naturale. ff. de reg. juris. l. emptor prædii 47. ff. de pact.* Exceptione tamen vel doli, vel in factum excludetur à fidejussore actor; cùm æquum sit, ut principali sublato liberetur fidejussor: nec bona fides patiatur illud à fidejussore exigi, quod debitum esse desiit in reo principali. *l. fin. de pact.* Est ergo hoc argumentum Cujacii à non causa ut causa: Quippe ejus rei *in d. l. 3.* causa, non est differentia bonæfidei & stricti juris actionum; sed ipsarum, quibus fiunt singuli contractus formarum, *juxta d. l. nihil tam naturale. & d. l. prout quisque.* † Ad quintum venio, & hoc admonitum volo; jam antè *ex d. l. 7. §. quinimò. vers. & si in tutelæ actione.* item *ex l. nec ex prætorio. ff. de regul. juris.* notum esse factum, etiam bonæfidei contractibus non inesse pacta in continenti facta, quæ contra jus, contra honestatem, contra bonos mores, contra contractuum formas, & substantias fiunt. Pacta prætor ea tantùm servat, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta & constitutiones principum, neq; contra bonos

mores

mores facta erunt. *l. 7. §. ait prætor. §. & generaliter. §. si paciscar l. contra juris. l. jus agnationis. l. jus publicum. l. si unus. §. illud nulla. l. non impossibile. ff. de pactis. l. non dubium. C. de leg. d. l. nec ex prætorio. cum ibi notat. de regul. jur.* Possunt itaque non solùm stipulationi, sed etiam mutuo plura adjici, quæ alioquin non inessent, modò formam ejus neque destruant neque corrumpant, *per dict. l. 3. l. 9. §. fin. l. seq. l. rogasti. in princ. & §. 1. ff. de rebus credit. si cert. petat.* Itaque paciscì possum, decem mutuo dans, ut novem tantùm debeas: hactenus enim nihil fit contra mutui formam. Sic pacto effici in continenti potest, ut tritico vel vino mutuo dato, æquè bonum vel melius, aut certi generis, ex certo fundo reddatur. *dict. l. 3.* Nam nec illud pugnat cum mutui forma, *l. frumenti. l. oleo. l. etiam. Cod. de usur.* tametsi quando nihil dictum sit, de bonitate ejus, quod reddetur, intelligatur æquè bonum, ubi datum est, *dict. l. 3. de rebus credit. si cert. petat.* † Sic mutuo licet in 81
continenti pactum de pignore & antichresi adjicere, ut insit: *l. si ea pactione. Cod. de usur.* Nam nec hactenus aliquid fit contra mutui formam. Sic, ut certo loco, vel tempore, vel sub certa conditione, certóve modo mutuum reddatur, in continenti licitè paciscì, ut ex eo etiam augeatur obligatio, patet *ex l. vinum. l. omnia 7. l. seq. l. non omnis. ff. de rebus cred. si cert. petat. l. cum te. Cod. si certum petatur.* † Sic quotidie mu- 82
tuum dantes paciscimur, ut quantitas eadem totidem imperialium, vel in imperialibus tanta quantitas reddatur. At quæ pacta mutuum destruunt, vel formam ejus corrumpunt, in continenti facta, non insunt; puta, ut mutuum sit contractum in corporibus functionem non recipientibus, *per dict. leg. nec ex prætorio.* item, ut usura præstetur ex mutuâ pecuniâ

numeratâ: *l. 3. C. de usur.* Ita enim contractus non esset gratuitus, cùm vice mercedis usura intercederet. Mutui hæc natura est, ut amicitiæ & familiaritatis causâ de meo fiat tuum, nec quicquam ego inde sperem. Sicut ergo depositio non potest adjici pactum mercedis, *l. 1. §. si quis servum. ff. depos.* vel usurarum, nisi in casum usus & moræ. *l. publica 26. §. Lucius Titius. l. si sacculum 29. §. 1. ff. depositi*; quia forma ejus, quæ est in gratuitâ custodiâ, corrumperetur: ita etiam pactum usurarum in continenti mutuo additum inesse nequit: quod corrumperet ejus essentiadem proprietatem & formam. *d. l. si tibi 17. ff. de pact. l. 2. l. 3 ff. de reb. cred. si cert. pet. §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. obl.*

83 † Quòd autem mutui causa usuras rectè stipulamur, *l. 3. C. de usu.* hoc ideo receptum est; non, quòd non sit contra naturam & essentialē mutui proprietatem, usuram mutuæ pecuniæ accipere: sed quòd tunc non tam ex mutuo usuræ numerarentur, quàm ex stipulatione, cui causam solūmodò præbuisset mutuum, nec ei inesset, uti foret pactum, si ejus vigore

84 usuræ deberi possent. † Eadem quoq; ratio est, cur pactum mutuo insertum non valeat; *ut plus quantitate reddas, quàm acceperis*: veluti, *ut undecim reddas, qui decem à me tantùm accepisti. d. l. si tibi 17. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi. ff. de reb. cred. si cert. pet.* quia hoc pactum efficeret, ut gratuitum non foret mutuum; ut forma ejus nō esset incorrupta, quæ concessit majore ex parte in paritate quantitatis datę; ut nimirum tantundem reddatur, nihilq; ultrà. *§. 1. Inst. quib. mod. re contrah. obli.* non etiam in paritate qualitatis, cùm melius reddere; deterius non liceat. *d. l. 3. ff. de reb. cred. si cert. d. l. frumenti. d. l. oleo. C. de usur.* Est ergo hoc etiam argumentum à non causâ ut causa: & veram causam, ob quā

hoc

hoc pactum in mutuo improbatur, habet cum cæteris gratuitis contractibus communem. *argu. d. l. nec ex prætorio. ff. de reg. jur. d. l. 7. §. ait prætor. §. & generaliter. d. l. contra juris. ff. de pact. d. l. 1. §. si quis servum. ff. depos. d. l. non dubium. C. de legib.* † Ad sextum respondeo, illam 85
regulam agere de interpretandâ stipulatione, obscurâ, ambiguâ, dubiâ, quam ipsam quoq; communem sustinet stipulatio cum omni alio contractu tã bonæfidei, quàm stricti juris. *l. semper in stipulationibus. ibi not a. ff. de reg. jur. l. Labeo 21. ff. de contrah. empt. l. veteribus. ff. de pact.* ut si qua ejus vis esset, probaret quoque pacta non inesse bonæfidei contractibus: quia de quo conventum non est in ipso contractu principaliter, id dici non posset in contractum venisse, ejusq; obscuritas semper noceret ei, qui apertiorem contractui legẽ dicere potuisset, *d. l. Labeo 21. d. l. veteribus.* Atqui hoc omnes negant circa contractus bonæfidei, in quibus pacta ex continenti facta admittunt, ut & addant & detrahant, & obscurum tollant: quia quod ita in continenti dictũ sit, videri in ipsum venisse contractum. *l. 7. §. quinimò. ibi Dd. omnes. ff. de pact. d. l. in bonæfidei. ubi Dd. C. eod. dict. leg. Labeo 21.* † Etsi 86
quoq; officium judicis latius & pinguius est in æstimandâ morâ, accessione, aliisq; similibus, si ex bonâ fide agatur, quàm si stricta actio intendatur, *dict. §. in bonæfidei. & §. actionum. ubi Dd. Institut. de action.* apparet tamen *ex tit. Instit. de offic. judic.* hoc proprium ac solum non esse bonæfidei actionum; sed interdum etiam adhiberi ex causâ strictis actionibus; ut si actio sit ex testamento. *l. 3. Cod. in quibus caus. restitut. in integr. necessa.* vel si mora facta sit, *l. vinum. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. pen. l. ult. ff. de tritic. condict. tit. Digest. de eo, quod cert. loc. l. si ex legati. l. si servum 91. h. t.* aut veritas aliter haberi

nequeat. *l. 5. in fin. l. seq. ff. de in lit. jurand.* Deinde alia quæstio est, de interpretatione ipsius contractus, utrum aliquid lege contractus comprehensum sit, nécne: alia est, si quæratur, quid ob factum & moram adversarii æquius melius sit: illa quæstio tractatur *in d. l. quicquid 99. h. t.* hæc *in dict. §. actionum. & §. in bonæfidei. Instit. de action. & in tit. Institut. de offic. judic.* Itaq; nec hîc à differentia interpretationis faciendæ officio judicis ad pacti adjectionem valere potest argumentatio, utpote quæ esset à separatis. Septimum quoque peccat in eo, quod sumitur à non causa ut
87 causa. †Nam ejus responsi hæc ratio non est, quia mutuum sit stricti juris: sed quod contra essentialem est mutui & promutui proprietatem, ut ex eo usuræ debeantur, & non sit gratuitum, quemadmodum suprà quoque monuimus. Sic etiam octavum eliditur: quia verum est solummodò circa essentialem differentiam, quæ aliter esse non potest, non etiam quo ad accidentalem: cùm accidentia adesse & abesse possint salvâ rei substantiâ, non etiam essentialia. Itaque non continuò, quæ essentiali proprietate & inhærentiâ differunt, cõtinuò etiam dif-
88 ferunt inhærentiâ accidentali. † Ad nonum respõdetur: imò *informare & formare* actionem, significat *parere actionem* ex illo contractu, cujus pars esse cœpit pactum. *d. l. 7. §. quinimò.* Deinde negatur minor: nec ea *per d. l. 5. §. fin. ff. de in lit. jur. & dict. l. quicquid.* probatur, ut ex superioribus constat. Præterea quicquid pacto in continenti subjecto expressum est, cùm insit stipulationi, eo ipso satis expressum ea stipulatione videri meritò debet. *per dict. l. in conventionalibus 52.* Ad decimum respondetur negativè: imò hoc pactum stipulationis vel mutui formã neq;

mu-

mutat, neque tollit, neq; alterat; sed aliquid, ut insit, & inhæreat, adjicit. Deinde si qua vis hujus argumenti esset, hoc fateri quoque oporteret, aut non cuique bonæfidei contractui pacta inesse posse; aut depositum, commodatum, pignus, permutationem non esse contractus bonæfidei: Hoc posterius apertè falsum esse deprehenditur *ex d. §. actionum. Institut. de actionib.* Illud pugnat cum generalitate *dict. §. quinimò. d. l. in bonæfidei.* & cum omnium quotquot sunt interpretum sententiâ, etiam ipsius Donelli & Cujacii. Si tamen vis istius argumenti subsisteret, hoc quoque consequens foret, pactum in continenti factum nõ posse inesse depositò, commodatò, permutationi, pignori: quia eorum forma consistit nõ in nudo consensu; sed præter consensum res requiritur. *tot. tit. Institut. quib. mod. re contrah. obligat. l. 1. l. 2. ff. de rer. permutat.* Vis itaque ejus argumenti nulla est, & rursum à non causâ ut causa. Nam illi etiam contractui, qui solo consensu non fit, sed re, vel verbis; ut olim dictio dotis, cui hodie pollicitatio dotis successit, potest adjici pactum nudo consensu consistens, ut insit. Undecimum ejusdem farinæ est, & eadem ratione impugnatur: & negatur, hanc esse propriam inter bonæfidei & stricti juris differentiâ, ut solo consensu perficiantur bonæfidei contractus: stricti verò juris præter consensum requirere etiam res vel verba: alioquin depositum, commodatum, permutatio, pignus, æstimatorius contractus, &c. non essent bonæfidei, sed stricti juris: quo quid falsius? *per d. §. actionum. Institut. de actionib.* † Æquè in- 89
firmum est duodecimum: imò instrumentum deberi dicimus: nec cur non debeatur, satis idonea redditur ratio: Nam quod ait, *ex stipulatione non, quia stipu-*

latione non sit expressum, sed omissum, hoc refutatur *per l. triticum 94. l. Titia quæ 134. §. idem respondit plerumq; hoc titul.* quia quæ præfationibus continentur, censentur in stipulatione repetita, & satis esse expressa. Quod verò addit; *ex pacto non*, quia ex nudo pacto non est actio: valere permittimus, nisi insit contractui, & in ingressu ejus factum, ut ita pars contractus existat: Atque ita hîc illud ipsum pro concesso præsupponit Donellus, quod est in quæstione; utrũ scilicet declaratio & limitatio illius regulæ, etiam pertineat ad strictas actiones nécne? Quod genus argumenti logici appellant repetitionem principii. Neque *per d. l. petens.* neq; *per d. l. si certis. C. de pact.* Donellus contrarium probat, nempe pacta contractui stricti juris in ingressu adjecta non inesse, quia non sint facta pars contractus. Nam contrarium suprà
90 *per d. l. petens.* demonstratum est. † Deinde *in d. l. si certis annis. C. de pact.* non agitur de pacto stipulationi in continenti addito: Sed quæstio est de præscriptione: utrum si certis aliquot annis quid solutum sit, tanquam annua præstatio, possit deinceps prætextu lõgi temporis peti, tanquam debitum? Rescribunt Impp. hoc quod dedisti, aut nudo pacto promisisti; aut pacto subdita est stipulatio: priore casu, in posterum obligatus non eris indebitum illud solvere, cùm tempus non sit modus inducendæ & tollendæ obligationis. *l. obligationum fere. ff. de act. & oblig.* posteriore, teneberis; quia stipulatio efficacem pacti obligationem reddidit. Quinimò retorqueri potest hũc in modum: si placiti fides servanda est, quando placiti servandi causâ stipulatio intercessit: utiq; ejusmodi etiam placitum sive placita inerunt stipulationi, & pars ejus facta dicentur: Atqui primùm *per d. l. si*

certis

certis annis 28.C.de pact.vers.nisi placitis stipulatio interces-sit: Ergo posterius: quia deberi non potest, nec obligat, quòd pars stipulationis factum non est. Quod repetitur ex Donello de nudo consensu bonæfidei contractus & pacta perficiente; & quòd in strictis ultra consensum aliquid amplius requiratur: ut ideo non possint pacta fieri pars contractuum stricti juris, suprà exemplo depositi, commodati, permutationis, &c. refutatum est, & absurdi damnatum. Decimitertii quoq; vis nulla est. † Etenim diversitas ac- 91
tionis, non arguit, pactum non inesse huic donationi, imò verò egregiè probat inesse stricti juris negotio: cùm certum sit, donationem non esse bonæfidei: attamē si donationi pactum in continenti addatur, competere affirmatur præscriptis verbis actio. Postremùm nō video quid faciat. Nam si extraneus dotat, in casum soluti matrimonii dotem sibi restitui aut stipulatur aut paciscitur, vel neutrum facit. Si stipulatur sibi restitui: frustra quæritur, an pactum in continenti factum insit stipulationi, quia nō paciscitur, sed stipulatur ille, qui dotat: si paciscitur, affirmatur, antiquitus ex hoc pacto in continenti adjecto rei uxoriæ actionem datam fuisse: & quid hoc ad quæstionem, utrum etiam insit stricti juris actioni? quippe de eo *in d. §. accedit.* non quæritur: si neutrum faciat; ne sic quidem ex illo textu probatum erit pactum non inesse stricto contractui: quia nullus jam contractus est factus, cui accederet pactum: aut si factus quidem esset, nullum tamē pactum foret secutū, de quo quæri posset, utrum inesset? Quāobrem satis vanā hanc veteris interpretis objectionem fuisse arbitror. Atq; hæc de primo dubio. † Nūc 92
de altero paucis; utrum *d.l. in conventionalibus.* de lege,

hoc est, pacto, aliquid arbitrio contrahentium stipulationi adjiciente, cum Cujacio, Jasone, aliisque interpretibus, *juxta l. si in lege. ff. locati. l. fructus. §. ex contrario. ff. solut. matrim. l. legem quam 10. Cod. de pact. l. hanc legem 22. l. in l. fundi 77. ff. de contrah. empt. l. veteribus 39. ff. de pact. sit. Dig. de leg. commiss.* recte ne interpretemur? Hoc à Donello accuratè in dubium revocatur. Hic enim Bartolum secutus contendit, Ulpianum in illo loco non agere de lege & pacto contractum informante, & aliquid adjiciente vel detrahente, sed de dubiæ & ambiguæ stipulationis interpretatione: quòd in conventionalibus permittatur, ut interpretatio fiat arbitrio ac voluntate contrahentium; non etiam in prætoriis, eò, quòd his nihil addere nihilque detrahere liceat privatâ conventione: ergò nec interpretatione: quia quid stipulari ac promittere debeamus, singulis edictis sit expressum: atque ita rationem differentiæ non sumi à formis conventionalium & prætoriarum stipulationum, sed ab autoribus, qui eas constituerunt: ut sententia sit *d. l. in conventionalibus 52. h. tit.* q.d. conventionales quidem ex eo, quod actum est, recte interpretari possunt contrahentes; ut neq; plus neque minus in eas censeatur venisse, quàm expressum est, juxta *d. l. quicquid 99. hoc t.* secus autem in prætoriis: quia illæ à privatis privato arbitrio constitutæ sunt, quas aliter si voluissent, cõstituere potuissent; hæ non item: itaque si quid adjectum detractúmve fuerit, neque proderit, neq; nocebit; sed adhuc locum inveniet, quod edicto expressum est: quia prætor ita constituit. Esse itaque tacitam objectionis remotionem in præcedentibus verbis: idque innuere verb. *enimvero*. Removeri enim dubium, quod orie-

oriebatur circa stipulationem conventionalem; quia in hac standum sit illi, quod placuit; ergo nulli interpretationi obscuri locus. Hanc, inquam, objectionem contendit dilui ac removeri in hoc responso, *d. l. in conventionalibus 52.* & hanc ejus esse interpretationem. Itaq; vocem *Legem* interpretatur pro *norma & regula*, quam in stipulationibus interpretandi sequemur, quæ est *in l. semper in stipulationib. de reg. jur. & l. quicquid 99. h. t.* & vocab. *formã* interpretatur per metonymiam causæ pro effecto, ac si dicat Ulpian. formam stipulationis conveniendo constituunt contrahentes. Formam enim stipulationis in duobus cosistere: primò in solẽnitate interrogationis responsionis; deinde in dando faciendoq;. Hanc formam neminẽ mutare posse. *l. nec ex prætorio. de reg. jur.* Non ergo licere verba hoc sensu secundùm literam accipere, *contrahentes formam contractui dant*, h. e. suo arbitrio informant pactis, aliisq; conventionibus in continenti adjectis; *sed formam contractui dant*, i. e. observando hanc contrahendi formam, stipulationem constituunt. Utitur autem his argumentis: Primò pacta & leges contractus stipulationes conventionales non recipiunt, tum quòd stricti sunt judicii, quibus pacta formantia inesse nequeunt, *arg. d. l. 7. §. quinimò. de pact. d. l. in bonæfidei. C. eod.* tum quòd aliud esse oporteat, quod legem dat, aliud quod accipit: At si pactum adjeceris, vel inserueris stipulationi, statim desinit esse pactum, & incipit esse pars stipulationis. Nõ ergo apparere aliud legem accipiẽs; & aliud, ꝙ lex ipsa foret. Secundò *in d. l. in conventionalib.* non poterunt ꝟb. *forma & lex* pro eodem accipi. Aut enim volumus hoc verbo intelligi totius stipulationis prętorię formam, qua cõstat, qua illud est ꝙ

est; aut ejus formæ & conditionis partem aliquam,
93 quæ pacto in continenti augeri minuíve solet: †At neutrum intelligere possumus: Illud non, quia verbi significatio repugnat, cùm nunquam *legem* accipi in legibus nostris inveniamus pro totâ ac propriâ alicujus contractus formâ; sed pro pacto, *ut in d.l. legem quam 10. Cod. de pact. l. ea lege. Codic. de condict. ob caus. dat. l. si cùm fundum. l. in lege. ff. de contrahend. empt.* Hoc etiam non; quia, ut dictum est, nulla ejusmodi conventio esse potest in stipulatione, quæ ipsi stipulationi legem det; tum quòd si quid eo modo promittatur, deduceretur pactum in stipulationem, ut pactum esse desineret, fieretque pars ejusdem stipulationis. *argum. l. 6. §. 1. l. 7. ff. de novatio.* tum quòd una sit stipulatio, atque eadem stipulatio sibiipsi legem dare non possit. Ergo *legem & formam in d. l. in conventionalibus 52. hoc titul.* non posse nos pro eodem accipere. Tertiò, si conventionales stipulationes nequeunt ejusmodi conventionis legem, ut modò dictum est, accipere à contrahentibus, hoc est, si non possunt pacta, ut insint ex parte actoris, vel rei in cõtinenti adjici; certè nec prætoriæ poterunt ab autore suo prætore tales conditiones & leges accipere: quia una eademque simplex est omnium stipulationum natura ac forma, nempe ut sint stricti juris, ut constent interrogatione ac responsione, & quicquid his stipulationis partibus continetur, id non conventio, non lex stipulationis, non pactum amplius sit, sed pars stipulationis, & ipsa stipulatio. Atqui primum *per dict. l. jurisgentium 7. §. quinimò. dict. leg. in bonæfidei. dict. leg. si certis annis. Codic. de pact. dict. leg. petens. dict. leg. quicquid 99. hoc titul.* Ergo consequens: ideoq; pro eodem accipi hîc non posse *legem & formam*

nam contractus. Quartò lex contractus, hoc est, pactũ in continenti subjectum, unius tantùm partis est, non utriusq;, *per l. veteribus. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de contrahend. empt.* Ulpianus autem *in dict. leg. in conventionalibus 52. hoc tit.* non de unâ stipulationis parte, sed de universâ & tota stipulatione disserit. Ergo *legem* in *dict. l. in conventionalibus 52.* non posse nos interpretari de pacto: quia aut repugnaremus menti Ulpiani, aut isti regulæ, qua dicitur, pactum unius tantùm partis esse, non totius cõtractus accessionem. Quintò Ulpianus scribit, prætorias stipulationes, non à prætore, sed de mente prætoris *legem* accipere. Atquin, sæpè etiam jubente prætore interponitur prætoria stipulatio, non de mente, sed contra mentem prætoris, ut si quid errore additum detractúmve sit *per l. 1. in fin. ff. de præto. stipula. l. si finita. ff. de damno infect.* Ergo necesse esse, ut *legem* non de *formâ* neque *placito*, sed de facienda *interpretatione in dict. leg. in conventionalibus* interpretemur. Sextò, quod de mente vel ex mente alicujus est, lex rei dicitur: ut cùm dicimus; *Disponat, & lex erit, §. disponat. Novell. 22. de nupt. l. verbis 120. ff. de verb. signific.* ubi voluntas testatoris pro lege reputatur, utpote ex qua omnis dispositio, omnis interpretatio pendet, *l. ex facto. §. rerum. ff. de hered. inst. l. in testamentis. ff. de regul. jur. l. in conditionibus. l. pater. in princip. & §. conditionum. ff. de condit. & demonst.* Sed lex, quæ de mente est, propriè dicitur norma & regula interpretandi aliquid. *d. l. in testamentis. dict. l. in conditionibus. dict. leg. pater. d. §. disponat. & per l. 5. l. 7. ff. de supellect. leg. l. cùm de lanionis. §. asinam: verb. non propriam verborum. ff. de instrum. instruct. lega.* Itaq; *in d. l. in conventionalibus*, nihil aliud *legem* significare, quàm *normam & regulã interpretandi*; cùm Ulpianus dicat, *legẽ accipere de*

94 *mente prætoris.* † Septimò, *in l.9.ff. de præto. stipula.* traditur, ex mente prætoris accipere interpretationem prætorias stipulationes. Ergo hunc etiam locum
95 eodem intellectu donandum. † Octavò interpretatio responsi, quæ ex ipsis sumitur verbis, & quæ veterum aliquo responso corroboratur, meritò est pro vera habenda ac recipienda. Sed hæc talis est: quia, quod *lex* significat *normam interpretandi*, & quod veteres dixerunt, prætoriis esse interpretationē prętoriarum stipulationum: modò demonstrabatur *per l.9.ff.de prætor.stipula.* Nonò, non solùm in conventionalibus, sed & prętoriis aliquid mutare licet, item addere, & detrahere non tantùm per prætorem, verùm etiam per ipsos contrahentes: per prætorem, juxta *l.1.§.fin.ff.de prætor.stipula.* per contrahentes, ut si ab eo, à quo nuda solummodò repromissio exigenda, satisdatio promissa sit. *l.1.§.stipulatio.ff.de prætor.stipulat. l.si dictum. ff. de evictio.* vel si quis illud remittat, aut omittat: quod per prætoriam stipulationem cōsequi potuisset, *argum.l.penu.C.de pact.l.itinere.§.1.ff.de verb.signif.* Non ergo posse de pacto intelligi. Respōdet ad vers. *deniq; prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neq; addere, neq; detrahere:* hæc verba ita accipienda esse, ut nō liceat infinitè cuicunq;, sed soli prętori interpretari ptorias stipulationes: idq; ex antecedentibus patere, ubi asserebat Ulpianus, *solum prætorē esse prætoriarum stipulationum autorē.* Et nisi ita, inquit, interpretemur, secum pugnabit Ulpianus, quia negaret *in d.vers.deniq;.* quod paulò antè *in ꝟ.s. enimvero.*
96 affirmaverat. † Hæc ille prolixè disputat, ut evitet, ex illo responso probari posse, pacta etiam inesse posse stipulationi conventionali. Conatur itaq; ostendere, in isto responso Ulpianum non tractare de pacto

pacto in continenti addito. An verum illud sit, & ab usitata verborum significatione recedendum paucis. † Jason equidem Bartoli summarium lite- 97
ræ repugnare observavit. Inusitatum quoq; est, ut *formam* accipiamus per metonymiam causæ, pro cõsensu illo, per quem solet forma negotii alicujus cõstitui. Inauditum quoq; est, *legem & formam*, significare nihil aliud, quàm *normam, regulam, modum* interpretandi obscura & ambigua. Nec diversum potest evinci *per d. Novell. 22. §. disponat. & l. verbis 120. ff. de verbor. signif.* † Hoc enim Justinianus intendit, quod 98
quisq; justè testando disposuerit de suis rebus, instar legis fixum ratumq; esse debeat; non, quòd dispositum in cujusq; testamento debeat esse norma ac regula interpretandi: Imò regulæ rectè interpretandi obscurè vel ambiguè in testamento dispositis, quæ instar legis haberi debent, adhibentur. Imò novam legem de contrahendis secundis nuptiis & successione parentum ad secunda vota transeuntiũ in bonis liberorum primi matrimonii laturus, hanc præmittit secundam cautionem, quòd nihil velit circa testamenta mutatum hac in parte esse, sed filii filiæque, quibus jus testandi esset, liberè de rebus suis nõ alienis, aut patri quæsitis, juxta legis XII. Tabularum sanctionem disponant. Nam hæc lex liberam dedit potestatem, nec distinxit inter parentem ad prima & secunda vota transeuntem. Illud est, quod dicit, *& sit lex ejus voluntas*, h.e. nulli ei termini hac constitutione testanti erunt prescripti, intra quos cogatur se cõtinere: sed liberrima ei voluntas testandi data est, prout verba legis XII. Tabularũ, quæ subjicit, sonãt. Eadem est sententia *d. l. verbis 120. ff. de verb. signif.* Lege XII. Tabul. liberrimam cuiq; testandi facultatem

de rebus suis datam esse: sed eam libertatem quibusdam legibus quandoq; etiam autoritate jura cõstituentium coarctatam esse. Nihil ergo hoc ad propositum, neq; probat, *legem* nihil aliud significare, quàm rationem, normam, regulam, & modum interpretandi obscurum: imò lex opponitur interpretationi, *in d.l. verbis 120.* & illa ipsa est id, quod interpretandum & cujus interpretandi causa regulæ editæ. Deinde eodem argumento, quo convincitur, interpretationem obscuritatis esse eorum, qui constituerunt stipulationem, probatur quoq; horum saltem esse, pactis aliquid addere vel detrahere. † Nam 99
ejus est nolle, qui potest velle, ejus est in nulla vel aliqua consentire, qui potest in omnia, *l. ejus. l. seq. de regul. jur.* Proinde, hactenus contra Donellum & reliquos probatum est, non solùm *per l. 1. §. cùm adjicitur. h. t.* verùm etiam *ex l. lecta 40. ff. si cert. petat. l. petens. C. de pact. l. 4. in fin. ff. de pact. l. si ita quis 135. §. Seja. h. t. & aliis locis*, stipulationi conventionali in continenti tam pacto, quàm complacentiâ aliquid addi, detrahiq́ue posse. Nihil itaque vetat, *legem & formam* contractus hîc pro eodem accipere. At in prætoriis aliquid addere vel detrahere, etiam per complacentiam, non licet sine arbitrio prætorio. *l. 1. in fi. ff. de prætor. stipula. l. de die. ff. qui satisda. cog.* Non obstat primũ ejus argumentũ, sed ipso etiam Donello volente nolẽte, profiteri oportet, pactum stipulationi adjectũ in continenti inesse non solùm (ut Cujacius *ad l. 135. h. t.* opinatur contra Pauli verba *in d. l. lecta.*) ex parte rei, sed etiam actoris, cùm passim præsertim *ad d. l. lecta. & in d. l. bonæfidei.* hoc largiatur, tametsi restringat ad pactũ detrahens, cui etiam Joh. Borcholt. *de pact. c. 6. n. 53. & 54.* subscribit propter manifestos *text. in d. l. 4. in fin. ff.*

de

de pact. d. l. lecta 40. Aliquo igitur casu hoc falsum deprehenditur, quòd dicebat, pacta & leges contractuum stipulationes nō recipere; quia sint stricti juris. Imò in totum falsum esse, nec cum Donello distinguendum esse inter pactum adjiciens & detrahens, suprà probatū est. Deinde, quòd assumit, si pactum adjeceris, vel inserueris stipulationi, ilico desinere pactū esse, & fieri partem stipulationis: perpetuò verum non est, ut suprà quoq; admonuimus, ubi de intellectu *l. 6. §. 1. & l. seq. ff. de novat.* actū est. † Solent in eandem sententiam adferre *l. ex placito 3. C. de rer. permuta.* ubi Impp. rescribunt, *Ex placito permutationis nullâ re secutâ, nemini competere actionem, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione partibus quæsierit actionem.* Hinc quidam elicere conantur, nudum pactum, cujusmodi est de permutandis rebus, *juxta l. 1. ff. de permut.* (cùm permutatio sine re non fiat, *d. l. 1.* ut nec depositum: unde nec pactū de deponenda re actionem producit) in stipulationem deductū consumi, & absorberi, sed meo judicio malè: Nisi. n. hujus pacti novandi causâ subdita sit stipulatio, pactū ratum suâ substantiâ manebit, *arg. l. fin. C. de nova.* adeò, ut si placiti fides sequatur, h. e. alter eorum dederit, & ita ex parte sua impleverit, uō solùm ex stipulatione: sed etiam ex permutatione nata sit actio, *juxta l. 4. vers. sed si secundùm. C. de rer. permuta.* † Est quoque ambiguitas in voce *pars.* Nullū pactū, nulla conventio inest alicui contractui, nisi pars ejus existat, secundū *d. l. juris gentiū 7. §. quinimò. & s. ea. n. pacta. ff. de pact.* ℭ & Donel. alibi scribit, præsertim *ad l. in bonæfidei 13. n. 12. vers. idcirco. C. de pact. & ad l. si quis 135. §. Seja. n. 4. & 12. versicul. an frustra addidit. h. t.* Ideoque iis locis *pars* Donello est, *accessio inhærens.* Qua significatione si

hîc acciperetur, ita retorqueri posset: Quòd pactum pars est & existit alicujus contractus, etiam stricti juris; hoc ei inesse dicetur, ita ut informet & conformet actionem, saltem detrahendo, *per d.l. lecta 40.* & quæ ipsemet ibidem & *in dict. l. in bonæfidei. nume. 12. & in dict. l. si quis 135. §. Seja. nume. 4. & 12. hoc titul.* docuit. Atqui pactum in continenti factum, pars effectum est stipulationis, uti hîc ipse fatetur. Ergo inest stipulationi. Si inest; ut pars inhærens, hoc pactum non desiit esse pactum; sed substantiâ suâ salvum permansit. Etenim accessorium dici non potest, quod subjecto accedens desiit esse, & penitus à subjecto absorbebatur. Accipit ergo hoc loco partem non pro accessione & inhærente adjuncto, sed pro parte integrante, hoc est, substantiam rei constituente, & ita vult pactum, eo ipso, quo in stipulationē deductum est, amisisse nomē & vim pacti, atq; substantiam stipulationis incepisse fieri. † Verùm hoc
102 non esse perpetuum, nec semper pactum absumi, contendimus *per dict. leg. petens. Cod. de pact.* Sic nec pactum transactionis in stipulationem deductum, etsi pars stipulationis esse incepit, non tamen desiit esse pactum, sed stipulatio pacto subdita est, tanquam principali suum adjunctum. *l. 6. l. si super 9. l. ut respon-*
103 *sum 15. l. cùm proponas 17. l. ubi 40. Codic. de transactio.* † Et quamvis Cujacius dicat, stipulationem adjectam pacto, obligare, nec consumere stipulationem, pactum verò stipulationi adjectum non obligare; aut quia consumatur per stipulationem, aut non insit: illud tamen tanti ponderis non est, ut argumentum Donelli excuset. Si enim stipulatio, quæ pacti firmandi causâ fit, nō consumit pactū, cui ut accessio cedit: multò minùs stipulatio, cui ut accessio pactum

ctum cedit, hoc accessorium suum absumet, sed potius sibi adesse patietur: & quemadmodum prius illud Cujacii dictum, ut jure expressum admittimus; ita posterius ejus membrum nec recipimus; quippe sine textu loquitur. Consequens ergo est, neque majorem, neque minorem subsistere: & retorqueri posse. Nam si pactum ex continenti adjectum, vel saltem rei respectu, (ut Cujac. *in dict. leg. 135. h. tit.* interpretatur *dict. l. lecta.* vim textui inferens) aut ad detrahendum, quo ad actorem, ut Donellus concedit, tanquam pars inhærens, inest, nec dici potest consumptum à stipulatione; utique etiam fateri oportet, pactum illud legem dare isti stipulationi, & stipulationem illud ipsum esse, quòd acciperet legem. Sed prius est, & Donello itemque Cujacio fatente, & Johan. Borcholten approbante: posterius igitur.

† Secundum Donelli argumentum laborat partim 104
πρὸς τὸ χῆμα τῆς λέξεως, partim insufficiente partium enumeratione. Elenchum dictionis committit in eo, quòd *formæ* significationem hanc unicam esse contendit, quam internam dicimus formam, quæ ipsum τὸ τί ἦν cujusque rei, sive τὸ τί ἔστι dicitur, cujusmodi in stipulatione est, *conceptio illa continua interrogationis & responsionis animo contrahendi verborum obligationem:* in emptione & venditione, *consensus de re ac precio*; in homine, *anima rationalis* &c. Sed hæc sola ejus vocis significatio non est, nec illam habet *in dict. l. in conventionalibus.* Nam & pro forma *externa*, pro *figura*, pro *accessione*, & *adjuncto* tam apud oratores & logicos, Cic. ad Trebatium, quàm JCtos sumitur, *ut in leg. fructus. §. ex contrario. ff. solut. matrimon. l. 10. Cod. de jure dot. l. 3. l. 6. Cod. de aquæduct. lib. 11. l. 8. ff. ad L. Juliam. de pecula.* Quo sensu Cic. *pro M. Cœlio: Sunt etenim ista male-*

dicta pervulgata in omnes, quorum in adolescentia forma & species fuit liberalis. Et *lib.3.epist.fam.11. formam* communium temporum, quam ad se Appium Pulchrum misisse scribit, vocat *futuram Reipubl.conditionem*, ut & *in epistol.7. lib.2.famil.* & D.Basilius hac significatione dixit, *ferrum candens ignis formam*, id est, calorem *induere.* Insufficiens ergo partium enumeratio ex eo relucet, nam non solùm significat hæc vox formam integram, vel ejus partem, qua constat prætoria stipulatio; ac si eam oporteat augeri minuive, sed etiam illud ipsum, quod augendi minuendive causâ accedit, conditionem, & accidentia ejus mutat, alterat, auget, minuit, designat. Ergo ex eo, quòd *in dict. l.in conventionalibus*, vox *forma* non possit significare integram stipulationis formam, vel partem ejus, qua constat, aliquam; haud rectè infertur, non posse etiam accipi pro eo, quòd lex contractus dicitur. Imò deinde in prosyllogismis hujus argumenti eadem est infirmitas, quæ in primo principali notata: ubi ex ipso Cujacio & Donello traditum est, posse ejusmodi conventionem esse, quæ stipulationi det legem, *per d.l.4.in fin. ff.de pact. d.l.1.§.cùm adjicitur. dict.l.si quis 135. §.Seja.h.tit. dict.l.petens.d.l.lecta:* neque omne pactum quod stipulationis causâ fit, consumi & interire per stipulationem. Deniq; ita retorquemus: si potest tota, vel aliqua pars formę in stipulatione occurrere, cui liceat aliquid pacto vel addere, vel saltem detrahere, ut ex parte etiam actoris insit, utique aliqua conventio erit, quæ stipulationi det legem, eritque aliud, *legem accipiens*, ipsa scilicet stipulatio, aliud *dans legem*, nempe pactum in continenti secutum, vel antecedens. Atqui primum per superiora: ergo posterius *per d. l. lecta 40. ff. de reb. cred.*

cred. si cert. pet. dict. l. 4. §. 1. ff. de pact. d. l. petens. Tertium nititur falso præsuppositio: Nam sæpius jam dictum & probatum est, conventionales stipulationes à contrahentibus recipere & legem & formam, id est, certum modum & conditionem circa ea, quæ in stipulationem deducuntur: Ex quo rectè *in d. l. in conventionalibus.* colligitur, etsi à contrahentibus prætoriæ stipulationes non recipiant aliquam conventionis legem, à prætore tamen & prætoris mente accipere, *juxta d. l. de die. ff. qui satisda. cogun. & d. l. 1. in fin. ff. de prætor. stipul.* Ad quartum respondeo: imò pactum in continenti factum, non solùm unius partis, sed utriusque est: imò totius contractus esse potest, ut si conditio vel dies, aut simile quid addatur; cujusmodi in emptione & venditione est lex commissoria: item addictio in diem. Conditionibus enim tota afficitur contractus substantia, ut infrà latiùs. Deinde negatur assumptum: Imò verò tam de totâ, quàm parte stipulationis Ulpianus *in dict. l. in conventionalibus.* differit: sine enim distinctione & generaliter axioma illud proponit. † Quintum ipsemet Donellus fatetur infirmum. Equidem, si quid non de mente prætoris, nec ex edicti formâ hac stipulatione actum fuerit, illud aut irritum est, *argum. l. non dubium. Cod. de legib. l. nemo 55. de lega. 1.* aut prætoriâ jurisdictione suppletur vel emendatur: quod si sine prætore, aut non secundùm edictum convenerint, poterit conventionalis, non prætoria videri contracta; ut si quis contra edicti ædilicii formam pactus sit, *leg. paciſci. ff. de pactis.* aut loco satisdationis admittatur repromissio. † Prætor enim nullibi prohibet, omisso prætorio beneficio, sibi conventione vulgari prospicere: sed in casum, quo sibi homo

105

106

non prospexit, prætor prospicere voluit: ut pluribus *in cap. 5.* de prætoriis stipulationibus ostendimus. Deinde etsi contrahentes interdum erraverint, & errando contra hanc regulam fecerint; ille tamen error jus infirmandi, vel pervertendi, aut arguendi falsi non inferret. Nam adhuc prævalet, quod prætor jussit, *l. 1. in fin. ff. de prætor. stipulat.* Sextò argumento supra satisfactum est, quando mentem Justiniani
107 *in dict. §. disponat. Novella 22.* explicuimus. † Deinde perpetuum non est, ut ubi quid ad mentem refertur, id semper lex rei dicatur. Imò mens ipsa loquentis, lex interpretationis dicetur, tã in legibus, quàm ultimis voluntatibus. *argument. l. 6. §. 1. de verb. signific.* Sed nec rectè concluditur: Ex mente loquentis sumitur ratio interpretandi: Ergo *in l. in conventionalibus 52. h. tit.* verbum *forma*, & verbum *lex*, non possunt exponi de pacto informante. Quin potius ita argumentabimur: Si à mente sumitur ratio interpretandi, eaque lex contractus dicenda est: multò magis pactum, quod in ingressu contractus factum est, lex contractus dicetur: quia perspicuum facit, quæ mẽs sit promittentis & stipulantis: ac frustra recurritur ad obscurę mentis investigationem, ubi pactum invenitur clarum, declarandi interpretandique causâ
108 adjectum. † Ejus præterea est, legem contractus dicere, cujus est interpretari, ac vice versa. Si itaque mens contrahentium norma ac regula est interpretandi, est & pactum in continenti hanc mentem exponens. Eadem responsione infirmantur septimum & octavum: neque largiri possum istam Donelli interpretationem ex verbis hujus respõsi & usu JCtorum proficisci. Quinimò omissis verbis, ex aliâ interpretatione, & alterius quæstionis ambiguitate extrin-

extrinsecus assumptâ, hanc elicit interpretationem, ut sit interpretatio interpretationis. † Claris apparentibus verbis, quibus mens apertè non refragatur, semper standum est verbis, eorumque coherentiæ, donec disertè doceatur, mentem loquentis, vel quid scribentis non esse eam, quam verba sonant, *per dict. l. 3. l. 7. ff. de supelle. lega. l. cùm de Lanionis. §. asinam. ff. de instrument. instruct. lega.* † Modum, per quem possit fieri adjectio & detractio, tam in prætoriis, quàm conventionalibus stipulationibus sæpius indicavimus. Neque, prætores hoc non posse, mens est Ulpiani. Præduram quoque esse Donelli interpretationem in *¶ſ. denique.* ipse textus docebit: Rectiùs ex præcedentibus ita interpretaberis: *Denique in prætoriis stipulationibus nihil contrahentium placito immutare licet, neque addere neque detrahere:* Quia non satisfieret decreto prætoriam illam stipulationem vel decernenti, vel exigenti. Itaque qui satisdare jussus est, dando pignora se non liberabit, *l. 1. ff. qui satisda. cog.* si tamen prętor aliquo casu remittat satisdationem, substitutâ nudâ repromissione, liberabitur reus repromittendo: quia nihil fieret, quod decretum non esset. Quod si secus interpretaberis, per *¶ſ. denique.* evertetur *¶ſ. enimverò.* Nam quod in *¶ſ. enimverò.* concessisset Ulpianus prætori, id in *¶ſ. denique.* ademisset. At si *¶ſ. enimverò.* de prætoris facto: *¶ſ. denique.* de contrahentium pacto, accipias, optimè inter se convenient. Stat ergo interpretatio Jasonis & Cujacii *ad dict. Lin conventionalibus 52. h. tit.* immota: stat & illa conclusionis veritas: posse formam stipulationis augeri minuiq; pactis in continenti subsequentibus, vel in ipso ingressu cõtractus factis, ut de aliquo reus obligatus sit, vel non sit, quod aliâs stipulatione non fuisset comprehensum. 109 110

III. CONCLUSIO.

111 *Accidit † ergò utilitate conventionis hoc etiam ſtipulationi, ut inſtar cæterorum contractuum, aut pura aut non pura conſtituatur.*

§. omnis. cum ſeqq. Inſtit. h. t. §. poſt mortem. & ſeqq. Inſt. de inutilib. ſtipulat. l. eum qui. §. 1. h. tit. l. cedere diem 213. ff. de verb. ſignific. l. omnia 7. l. ſeq. ibi Dd. ff. de rebus credit. ſi cert. peta. Tota enim hæc res, ut cætera omnia, poſita eſt in arbitrio ac voluntate contrahẽtium. Tunc enim unumquodque debitum eſſe oportet, cùm contrahentes ſecundùm juris formas debitum eſſe velint. Voluiſſe autem illud intelliguntur, quod verba ſonant. Ideoque multum intereſt, an purè, vel non purè concepta ſit ſtipulatio. Ita enim apparebit, an debitum ſit, vel deberi ſperetur. *l. 10. l. 11. l. 12. cum ibi not. a. ff. de verb. ſignif. d. l. cedere diem. eod.*

IIII. CONCLUSIO.

112 *Pura † ſtipulatio eſt, cujus dies & ceſſit & venit eo ipſo momento, quo convenit: non pura contrà.*

d. §. omnis. cum ſeqq. Inſtitut. h. tit. ibi Dd. omnes. poſt gloſ. dict. l. omnia 7. l. ſeq. ibi Dd. ff. de rebus cred. ſi cert. dict. leg. 10. d. l. 11. & 12. dict. l. cedere diem 213. de verb. ſignific. dict. l. eum qui 41. §. 1. hoc titul. ibi Interpp. omnes. l. in illa 8. ll. ſeqq. ff. hoc tit. ſive, quod idem eſt, pura ſtipulatio eſt, quæ neque die neque conditione differtur: non pura, quæ aut die aut conditione, vel utraque dilationem recipit. *dict. §. omnis. cum ſeqq. dict. l. eum qui 41. §. quotiens. h. t.*

113 † Quid enim aliud eſt cedere diem, quam autore Ulpi-

Ulpiano, incipere deberi id, quod promissum est? *d. l. cedere diem 213. de verb. signif. l. 5. l. 6. l. 7. l. nec semel. l. seq. l. cùm ita. l. si dies. ff. quand. dies legat. ced.* Quid aliud est venire diem, quàm diem adesse, quo promissum peti potest, h.e. quo die ex ea obligatione, vel de eo jure, actione contendere & judicium suscipere licet? *per d. l. cedere diem. l. 9. l. 10. l. stipulationes non dividuntur 72. §. 1. dict. l. eum qui 41. §. quotiens. h. t. facit l. si pupillus 127. hoc tit. l. magnam. Cod. de contrah. & commit. stipul.* † Etsi 114
quidem verbi *cedere* varia significatio est, *ut in l. patri 27. §. 1. ff. de minor. gloss. in l. 1. C. de action. & obligat. tit. Cod. qui bon. cede. poss.* pro re tamen subjectâ aliam atque aliam admittit. Sic & hîc pro re subjectâ hanc propriam in jure contractuum habet significationem, ut tempus significet, quo quid alii deberi incipiat. Itaque satis non est, convenisse, nisi & obligatio ex cōventione nata sit; ut cessisse ea dicatur conventio: quia hactenus creditori nihil cessit, quod debitoris esset: sed tantùm spem ejus cessionis cōventio fecit, ut debitum iri speretur. *dict. l. 10. & seqq. de verb. signific. l. si quis sub conditione. ff. si quis omiss. caus. testament. Zangerus de except. cap. de except. plus petit.* Neque satis est, cessisse diem obligationis, ut nunc quid debeatur, nisi etiam à non solvente liceat exigere, & ab invito etiam per judicium extorquere. Venisse ergo & diem oportet, quo peti possit: alioquin ob legem & conditionem contractus adhuc foret inutilis actio. *d. l. 9. l. 10. d. l. eum qui 41. §. quotiens. d. l. stipulationes non dividuntur. §. 1. h. tit. dict. l. 5. d. l. 6. & tot. tit. ff. quand. dies legat. cede. l. 1. l. 2. &c. ff. de condit. & demonstr.* † Nec audiendus 115
est Hottoman. qui vel Ulpianum, vel certè Trebonianum insciti arguit, quòd *in dict. l. cedere diem 213.* alter eorum scriptum reliquit: *ubi purè quis stipulatus*

fuerit, & cessit & venit dies. Nititur enim falso verborum intellectu. Ait ille, *cedere diem* nihil aliud esse, quàm diem & tempus abire: & *venire diem* nihil aliud significare, quàm diem dici succedere & accedere: Jam in purâ stipulatione præstitutũ tempus nullum est: nulla dies, quæ expectetur: dici itaque, nisi absurdè, non potest, *diem cedere*, hoc est, effluxisse tẽpus, ubi nullum fuit; *venire diem*, ubi nullus expectatur. Nam non solam istam eam in hac disputatione significationem habet, cùm non ad tempus & temporis ordinem, sed ad id, quod ob temporis adjunctum obligationem vel adjicit præsentem, vel suspendit adjiciendam seu acquirendam, refertur: de
116 quo plura dixi *ad l. cedere diem 213. de verb. signif.* † Pura itaque stipulatio est, qua quid sine die sineque conditione simpliciter promittitur: Exempli gratia, *Decem aureos dare spondes? spondeo. dict. §. omnis. Institut.*
117 *h. tit. dict. l. eum qui 41. §. quotiens. h. tit.* † Pura enim dicta est, quia vacua & libera à temporis obligationem differentis adjuncto, seu ab iis rebus, *quæ stipulationis vinculum ejúsve usum & effectum differre solent*, ut Donellus *in dict. l. eum qui 41. §. quotiens. num. 3. h. tit.* loquitur, vel obligationis statum mutant. *l. 1. §. si simpliciter. h. t.* Qui ita promittit, haud absimilis est illi qui hodie
118 dare spondet. *l. liber homo 118. §. 1. hoc tit.* † Quæ verò ejus rei quid habet, sive potius temporis adjuncto infecta est tali, quo solet obligatio vel actio differri, aut mutari stipulatio; non pura meritò dice-
119 tur. † Hoc adjunctum temporis consistit in duobus, in diei & conditionis adjectione.

V. CON-

V. CONCLUSIO.

Dies autem ita cõcipitur in stipulatione, ut vel ex die incipiat obligatio, aut in diem conferatur, vel ad diem usq; concludatur.

l. obligationum ferè 44. ff. de action. & obligat. † Ex die, 120
veluti *ex Kalendis Martiis dare spondes? Ex eo die quo Capitolium ascẽdero, annua, bima, trima dare spondes? Post annos duos, quàm mortuus ero, dare promittis?* Schneid. & Henrich Schiltboch *ad §. ad certum. Inst. qui testam. tuto. dar. l. 4. ff. de servit.* Donel. *lib. 6. commentar. c. 18. vers. occurrit secundo. d. l. obligationum fere.* Hujus natura est, ut ante diem debitum non sit, sed ex diei præteritione incipiat obligatio nasci: *argum. dict. l. 4. ff. de servi. d. l. obligationum 44. ff. de actio. & oblig. d. §. ad certum. Inst. qui testam. tuto. dar.* † Nam hæc inter alia particulæ, *ex*, na- 121
tura est, ut designet ortum cujusq; rei. *l ex hoc jure. ff. de just. & jur. ibi Interpp. post gloss. §. jus autem gentium. & ff. ex hoc jure. Instit. de jur. natural. gent. l. 6. §. ex legibus. ff. de verb. signif.* † Quo fit, ut quidem testamentaria tutela 122
constituatur. *d. §. ad certum.* & obligatio contrahatur ex die. *dict. l. obligationum fere 44.* cùm arbitrium testatoris & voluntas contrahentium hac in parte pro lege habeatur. *l. contractus. in fin. ff. de reg. jur. l. 1. §. si conveniat. ff. depos.* nihilq́ absurdi inde oriatur: non autem rectè heres, nisi à milite, *l. miles ita. ff. de milit. testam.* ex die instituatur, *l. hereditas ex die 34. ff. de hered. inst. §. heres. Inst. eod.* vel servitus constituatur, *d. l. 4. ff. de servit.* vel à magistratu tutor detur ex die. *l. actus. legitimi. de reg. juris.* Etenim, tempus quoddam inveniretur, quo testator sine herede decessisset, & nõ decessisset. *d. l. miles ita.* contra juris regulam, quę non pati-

tur quem pro parte testatum, & intestatum pro parte decedere. *l. jus nostrum. de reg. jur.* tempus quoddam inveniretur, quo servitus esset & non esset repugnãte servitutis naturâ: idem tutor datus videretur & nõ videretur; cõtrà quàm actus legitimi natura permit-
123 tit. *d. l. actus legitimi.* † Ad diem contrahitur stipulatio, si ex præsente quidem ita incipit obligatio, ut etiam statim petere liceat, sed certo tempori includatur, ut tum finita sit: veluti, *quoad vivam, dare spondes? legeum qui ita 56. §. qui ita stipulatur. h. t. quoad vivam, ire agere licet? dict. l. eum qui ita 56. §. qui ita stipulatus. §. at si ita. Instit. h. tit. Vel usque ad Kalendas singulis diebus decem dare spondes? d. l. obligationum ferè. vers. ad diem. ff. de act. & oblig.* Ejusmodi autem conventio etsi prohibita non est, tamen cùm tempori hoc modo videretur attribui potestas tollẽdæ obligationis, quam nec efficere potest, ideo existimanda credebatur, ipso jure sine effectu, & habenda pro pura: *d. l. obligationum ferè 44. vers. placet.* Quamobrem non solùm ipse stipulator, sed hæres quoq; ejus quoad viveret annuum illud exigere, item ire agere posset, nec post Kalendas exactio tolleretur. *dict. l. obligationum ferè 44.* nisi humanitatis causâ ob manifestam contrahentium voluntatem, non quidẽ ipso jure, sed ope exceptionis, vel doli vel in factum sive pacti, succurreretur promissori ejusque heredi, *d. l. obligationum ferè 44. d. l. eum qui 56. §. qui ita stipulatus. h. tit.* Ita enim suppletur *ex dict. leg. obligationum ferè*, quod deest. *d. l. eum qui ita 56. §. qui ita stipulatus. hoc titul.* ubi solius exceptionis pacti conventi mentio fit: atque ita in factum. *l. si unus. §. pactus. §. seq.*
124 *ff. de pactis.* † Quia omnis in factum exceptio, potest fieri ex accidenti doli mali. *l. 2. §. item quæritur. §. & generaliter. ff. de dol. mal. except.* quia dolo facit, quicunque

que id quod quaque exceptione elidi potest, petit: nam etsi nihil dolo malo inter initia facit, attamen nunc petendo facit dolosè, nisi in eo talis sit ignorãtia, quæ à dolo excuset. *dict. l. 2. §. & generaliter.* cujusmodi in herede esse potest, si cum eo agatur, frequẽtiùs quidem: *l. qui in alterius 42. ff. de reg. jur.* si agat, interdum ex causâ. † In diem stipulationem ita desinit Justinianus, cùm adjecto die, in quem pecunia solvatur, stipulatio fit. *d. §. omnis. Inst. h. t.* Exempli gratiâ, *decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes? d. l. obligationum ferè 44.* Hujus ergo hoc proprium est, ut & obligationem & actionem producat; *l. in omnibus. de regul. juris. d. l. cedere diem 213. de verb. signific. d. §. omnis.* cujus tamen executio differatur, donec dies ille adsit & prætereat, *d. §. omnis. d. l. obligationum ferè. d. l. eum qui 41. §. quotiens. l. centesimis. h. t.* 125

VI. CONCLUSIO.

Sed † ea dies modo expresse, modo tacitè adjicitur. 126

Expresè, ut si stipuleris, *proximis Kalendis dari?* vel *intra proximas Kalendas?* vel *centesimis Kalendis dari? d. §. omnis. d. l. eum qui Kalendis. in princ. 41. d. l. centesimis. dict. l. cedere diem.* Tacitè, si aut ex ipsa re, vel loco temporis aliqua dilatio insit. *l. interdum. h. tit. §. loca. Instit. hoc tit.* † Locus diem tacitè adjicit, ut si quis *Carthagini dare,* promittat Romæ. *dict. l. interdum 73. l. continuus 137. §. cùm ita. h. tit.* Tantum enim temporis tacitè comprehensum censetur, quantum satis est, ut Carthaginem veniat ibique solvat. *dict. leg. continuus. §. cùm ita.* 127

† Ex ipsa re dies inest; puta, si promittam *partum, qui ex Arescusa nascetur,* vel *qui in utero istius fœminæ est:* aut *fructus istius fundi.* Dies ex rerum promissarum con- 128

ditione: imò conditio etiam tacitè ineſt. *l.1.§.ineſt.ff. de condit. & demonſt.* ut tum petantur, ſi naſcantur, & ſolvantur, cùm partus ille editus & fructus percepti ſunt. *d.l.interdum 73.l.cùm illud 25.§.1.ff.quando dies lega. ced.l.1.in fin. ff.de condit. & demonſtr.* Idem eſt, ſi quis *inſulam in iſta area fabricare* promittat: quia tantum temporis ineſt, quantum ad perficiendum neceſſe. *leg.ſi inſulam 84.leg.continuus 137.§.item qui inſulam.ff.hoc*
129 *tit.* † Sed cùm iſta conditio tacita revera reſolvatur in qualitatem diei, in quam confertur ſolutio, à potiore hæc ſtipulatio fructuum & partus futuri recenſetur inter ſtipulationes, quæ in diem concipiuntur, nec pro conditionali habetur. *l. conditiones extrinſecus 99. ff. de condit. & demonſtrat.* Quo fit, ut etiam legatum uteri & futurorum fructuum ad heredem transmittatur, licet nondum natus ſit fructus aut partus, *d.l.cùm illud.§.fin.ff.quand. dies legat. ced.d.l. interdum. h.tit.* Etenim diei adjectio transmiſſionem non impedit, ſed conditio pendens, quæ legatum eſſe non permittit, priusquam exiſtat. Sic etiam ſi qua res immobilis, puta *domum tradi?* ſtipulemur, tantum temporis promiſſor reſervaſſe ſibi videtur, quo vel claves ad manus habere poſſit. *l. clavibus. ff.de contrah. empt.* vel utrique in rem præſentem veniamus, ut nos in vacuam poſſeſſionem ducere, & apprehendendi copiam conferre poſſit: cùm poſſeſſio, neq; ſolo animo, neque ſolo corpore, ſed utroq; ſimul nobis acquiri ut & amitti poſſit, *l.3.§.in amitten-*
130 *da: l.quemadmodum 8.ff.de acquir.poſſeſ.* † Quantum autem temporis hîc tacitè comprehenſum cenſeri debeat, cùm in facto conſiſtat, & alter citiùs, alter celeriùs proficiſci queat: quandoque etiam morbus, ætas, tempeſtas & ejus generis alia excuſant à mora,

illud

illud judicantis arbitrio æstimandum ex variis causarum & circumstantiarum figuris permittitur, quam rem Venuleius latè tractat *in d. l. continuus 137. §. cùm ita. & seqq. d. l. interdum 73. h. tit.* quibus adde, quę *in leg. itinere. de verb. signif. & tit. ff. ac Cod. de eo quod certo loco.* In quam sententiam conferre licet, quæ hac de re disceptando tradiderunt Johan. Rober. *lib. 1. anim. cap. 16. & 17.* & Anton. Fab. *lib. 6. conject. cap. 11.* Hactenus de die.

VII. CONCLUSIO.

†*Conditio nihil aliud est, quàm in alicujus rei vel facti eventum obligationis nascendæ, vel actus confirmandi adjecta dilatio.* 131

§. sub conditione. Instit. h. tit. l. 8. l. 9. l. 10. l. conditio in præteritum. l. si ita stipulatus fuero. h. titul. l. cùm ad præsens. ff. de reb. cred. si cert. pet. a. l. unic. Cod. de caduc. tollend. l. legata 41. l. in facto 60. leg. conditionum 91. ff. de condit. & demonstrat. Sive, ut Donello videtur *lib. 8. commen. cap. 14.* adjectio omnis, quâ in futurum eventum differtur id, quod dicitur, promittitur, legatur. Exempli gratia, *Si Titius consul factus fuerit, decem dabis?* item, *Si Cæsar Rodolphus Turcam hoc anno vincat, mille dabis? Dabo:* Item, *Si non vicerit Turcam Cæsar hoc anno, centum dabis? Si Capitolium nõ ascendero, insulam fabricabis? Si Sejo decem dedero, Capuam ibis? d. §. sub conditione. & ibi Interpp.* † Non enim est, ut Bartol. *ad l. 1. ff. de condit. & demonst.* putabat, ipse casus & eventus, sed ea adjectio, quæ casum habet, ob quẽ & in cujus eventum suspendit actus defectum & confirmationem, ut rectiùs cum Accursio ad Rubr. *de condit. & demonstr.* voluit Azo *in summ. Cod. de cond. insert.* 132

† Tantumque inter conditionem & ca- 133

ſum, ſive eventum intereſt, quantum inter dilationem ipſam, & ſpacium, ad quod uſq; durat dilatio: ſeu quantum differt res aliquid ſuspendens ab ea re, in quam uſque quid ſuspenditur ac differtur. Conditio eſt illud ipſum, quod ſuspendit, illa ipſa cõventio, quæ negotium differt: caſus cõditione comprehenſus, eſt hoc ipſum, in quod aliquid iſta conventio differt, ſeu terminus ad quem. *l. non omnis. d. l. cùm ad præſens. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. d. §. ſub conditione. dict. l. 1. & paſſim. ff. de condit. & demonſtra. l. ſi à Titio. ff. quand. dies lega. d. l. cedere diem 213. de verb. ſignif. l. conditio in præteritum. d. l. ſi ita ſtipulatus fuero. h. t. Alciatus ad l. debitori. C. de pact.* Unde Hottom. non ineleganter *legem negotio appoſitam* vocat, in ſuo lexico: & *pactum ſtipulationis* alibi, ad inſtar diei adjecti, veluti *in d. l. obligationum fe-*
134 *rè 44. ff. de action. & obligat.* † Cui etiam notatio & origo vocis *conditio* conſentanea eſt. Dicitur enim conditio, quaſi ſimul dictio, eò quòd ſimul dicatur, ut fit in pactionibus, quæ in continenti factæ inſunt contractibus; quo ſenſu Pompon. *in leg. in vendendo 66. ff. de contrah. empt. In vendendo*, inquit, *fundo quædam, etiamſi non condicantur, præſtanda ſunt* &c. & *cõdicere*, eſt diem, locum, tempus, eventumque conſtituere, veluti, quando Cicero & Suetonius dixêre, *cœnam condicere*, hoc eſt, decernere diem & locum cœnæ. Ad quam derivationem Pandectæ Florentinæ reſpexiſſe videntur, quando *condicionem*, non *conditionem* (ut vulgò ſolent) ſcribunt. Vulgus autem per T ſcribens derivaſſe videtur à condendo, ut *conditio* dicta ſit quaſi *conditum*, hoc eſt, creatum, conſtitutum, exædificatum, compoſitum & factum: ſicuti *vocatio* à *vocatum*, nominatio à nominatum: *creatio* à *creatum*; non quòd *conditum*, hoc eſt, ad κατά-

λεσμα

λειμμα suum perductum sit opus; sed quòd eventu suo *condet*, hoc est, efficiet & perficiet & componet: sive quòd sit hæc ipsa res, quæ condit, quæ creat, quæ constituit, quæ facit, ut negotium existat aut deficiat. Sicuti creatio, vocatio, & nominatio non est id quod creavit, quod vocavit, quod nominavit, sed quod creat, quod vocat, quod nominat, quod tentat ut creatum, ut vocatum, ut nominatum quid sit & existat: in quam sententiam quoque proclivi-
orem video Donellum *lib.8.commen.cap.30.*† Non er- 135
go satis aptè Bartol. *in d.l.1.* conditionem definit, futurum eventum, in quem dispositio suspenditur: cùm, ut dictum est, eventus non sit ipsa cõditio, sed insit, tanquam terminus ad quem, conditioni, per quem cõdit & creat dispositionem: nisi quis μετωνυμικῶς malit verba Bartoli accipere. † Non satis ac- 136
curatè etiam videtur illa Hottomanni: Cõditio, inquit, lex negotio adposita est, unde eventus pendet. Non enim eventus pendet ex conditione, sed conditionum eventus pendet ex his rebus, quæ conditione continentur, quæ terminum conditionis definiunt. *l.unic.§.sin autem aliquid.C.de caduc.tollen.* Deinde *eventus* interdum generaliter accipitur pro omni conditionis expletione & casus contingentiâ, ut *in dict. leg. unic. §. sin autem aliquid*: interdum specialius designat tantùm illam rei in conditione positę contingentiam, quæ à solâ fortunâ, sine ullius hominis facto contingit, & opponitur conditioni potestativæ, & mixtæ. *leg. in facto 60. ff. de condition. & demonstrat.* Hujus ambiguitatis evitandæ causâ, eventum tam ad rem, quam ad factum paulò expressiùs referre oportuit. † At dixeris; hæc defini- 137
tio comprehendit istas tantùm conditiones, quæ

in futurum conferuntur, non quæ in præsens vel etiam præteritum: quæ tamen ipsæ etiam cõditiones vocantur *in leg. cùm ad præsens. l. seq. ff. de reb. cred. si cert. leg. conditio in præteritum 100. h. tit.* Vocantur quidem conditiones, non quòd revera sint, sed quòd aut putabantur esse eodem planè sensu, quo falsus tutor dicitur tutor; nullum & irritum testamentum, dicitur testamẽtum: *l. Paulus 221. de verb. sign.* aut quòd instar conditionis orationis figurâ concipiebãtur hoc modo, *Si Titius vivit, si Mævius consul fuit, dare spondes?* Donell. *ad l. conditio 100. h. tit.* Nam cùm obligationem non differant, neque suspendant, cùm casum seu eventum non habeant, revera & propriè conditiones non sunt. *d. l. cùm ad præsens. l. seq. ibi Jason & Costalius dict. leg. conditio 100. & ibi not. leg. si ita stipulatus 120.*

138 *hoc tit. §. conditiones. Institut. hoc tit.* † Cùm sola verborum conceptio & orationis figura non constituat conditionem, sed ita demum, si futurum eventum contineat, & rem suspendat, *dict. leg. si à Titio. ff. quand. dies lega. ced. dict. l. cùm illud. §. 1. eod. l. 1. l. 2. l. 4. l. hæc conditio 10. leg. in conditionibus 19. l. multum interest 21. l. legata 41. l. in facto 60. ff. de condit. & demonstrat.* Cæterùm hæ conditiones: *Si Mævius consul fuit? Si Titius vivit?* non suspendũt obligationem, sed aut statim obligationem ponunt, si sint veræ, aut perimunt statim, si falsæ sint. *dict. l. conditio 100. hoc tit. dict. §. conditiones. Instit. hoc tit. dict. l. cùm ad præsens. l. seq. ff. de rebus credit. si cert. peta.*

139 † Conditio quoque dupliciter inest: expresè, aut tacitè: Expresè, si disertè hæc lex conventioni dicta; veluti; *Si navis ex Asia venerit, Cornelianum dabis? Si Gaja mihi nupserit, decem dare spondes? l. à Titio 108. l. hoc jure 10. hoc titul. Si Kalendis proximis Stichum non dederis, decem dare spondes? l. in illa 8. hoc tit.* Tacitè, si quidem

apertè

apertè in modum conditionis non concipiatur, implicitam tamen habeat, veluti; *Cùm Romam veneris, dare spondes? Cùm Titius morietur, dabis Stichum?* Etsi videris certum diem certumque tempus expressisse, quando dare velis, revera tamen hæc conditio inest, ut neque antè neq; aliter id debeatur, quàm si Romam veneris, quàm si Titius moriatur. *d. l. si Titio. ff. quando dies legat. ced. l. si decem 48. à sensu diverso. ff. h. t. l. i. §. i. ff. de condit. & demonstr.* † Sic si patronus à liberto o- 140
peras stipulatus sit, etsi purè promittuntur à liberto, dum manumittitur, *l. 2. l. 4. l. 7. l. si quis 13. §. judicium. l. cùm patronus 22. ff. de oper. libert.* tacitè tamen cõditio & dies inest, ut non priùs cedant, h. e. debeantur, antequam indictæ fuerint: nec dies petendi venisse intelligatur, quàm si tantum temporis præterierit, quo edi potuerint. *l. 3. l. 8. l. si quis 13. §. judicium. l. quotiens 24. ff. de oper. libert. dict. l. interdum 73. h. t.* † Neque differentia 141
statui debet inter operas officiales sive incertas, & fabriles, sive certas, ut Donello visum fuit *num. 27. ad l. eum qui 41. §. quotiens. h. t. argum. dict. l. quotiens 24. ff. de oper. liber. & dict. l. interdum 73. h. t.* Nam quod ait Julianus, *in dict. l. quotiens. inesse tractum temporis, sicuti, cùm Ephesi dari promisisset aliquis, si quis certas operas stipulatus sit à liberto*; non hanc vim habet, ut his excludatur conditio indicendarum operarum: sed hoc potius JCtus intendit, stipulationem operarum etiam certarum, non solùm conditionem *si indictæ sint*, habere, sed eo amplius etiam, cùm indictæ fuerint *tantum temporis* quo edi possint. *Et ideo*, inquit, *inutilis hæc est stipulatio, operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?* Quia etsi hæc stipulatio vim habet indictionis, & cedent operæ ex die stipulationis, tamen impossibile est, ut secundùm verba stipulationis hodie

dentur. Itaq; aut planè erit nulla hæc promissio, si stipulator nolit aptam admittere interpretationem; aut mitigabitur ea interpretatione, ac si ex præsenti die indictas velit; petere autem nolit, priusquam tantum temporis præterierit, quo præstari possit. *d. l. 3. d. l. 8. d. l. si quis 13. §. judicium. l. cùm patronus 22. ff. de o-*

142 *per. liberto.* † Sic interdum stipulatoris conditio & qualitas tacitam adjicit conditionem stipulationi: puta; si servus hereditarius, aut ejus, qui ab hostibus captus, stipuletur. *d. l. interdum 73. vers. si servus. h. t.* Etsi verò servus hereditarius hereditati acquirit, *l. in eo. §. ult. l. seq. l. hereditas. ff. de acquir. rer. domin.* tamen stipulatio, quæ per hereditarium servum hereditati acquiritur, hanc conditionem in se habet, si hereditas ista adeatur: Quamdiu non aditur (vel immiscendo etiam retinetur) ex ea quicquam deberi vel peti nequit: cùm nemo sit, cui debeat solvi, vel qui agat.

143 † Ubi verò petitio nulla, ibi nec mora est. *l. si pupillus 127. h. t.* Eadem causa est, ut in suspenso sit stipulatio servi, cujus dominus ab hoste captus: ubi conferre licet notata *ad l. 3. §. fin. ff. de verb. signif.*

VIII. CONCLUSIO.

144 *OMnis† autem conditio est in eventu posita, sive fortuita, quam & casualem vocant, sive potestativa sit, vel mixta, sive in faciendo vel dando consistat. Earum omnis affirmativè vel negativè concepta.*

Illud patet *ex l. unic. §. fin autem aliquid. §. fin. C. de caduc. tollend. l. 4. ff. de condit. instit. l. 1. in princ. & §. ult. l. 2. l. multum interest 21. l. in facto 60. l. conditionum 91. l. qui sub conditione 111. l. seq. ff. de condit. & demonstr. §. sub conditione. §. ex conditionali. Instit. h. t. Hoc ex l. 7. l. 8. l. 9. l. 10. l. si ita 63. l.*

quic-

quicquid 99. §. 1. l. si ita stipulatus 115. §. 1. §. seq. l. qui Rome 122. §. Flavius Hermes. l si ita 126. l. si quis ita 129. l. ultim. in fi. h. t. Quod ergo de dandi & faciendi stipulationibus, & quod sub faciendo *non-factum* comprehendatur, suprà *c. 6.* traditum est, hîc repetere oportet.

† Sicut enim omne factum possibile & honestum 145
potest in stipulationem deduci, ut debeatur, ita & conditionis causâ adjici, *d. l. 8. d. l. 9. dict. l. 10. l. si stipulatio 19. l. stipulatio 61. l. stipulationes non 72. §. 1. l. si ita 97. l. à Titio 108. l. quidam cum 132. h. t.* † Casualis itaq;, quæ & 146
in eventu tota posita dicitur, *d. l. in facto 60. ff. de condit. & demonstr.* penitus à casu & mero eventu fortuito pendet: & ideo conditio fortuita vocatur: *d. l. unic. §. sin autem aliquid. C. de cadu. tollen.* non, quòd omnia divinâ providentiâ non regantur; non, quòd cum Ethnicis hîc Deam quandam constituamus: sed quòd ejus rei effectio non sit in humano arbitrio posita, & à solo Deo proficiscatur, cujus vel causa nobis obscura est, vel eventus incertus. Hunc eventum, appellamus fortuitum, quia evenire potest, vel aliter, vel penitus non, sine ullius hominis culpâ: ut cùm mendicus omnia faciens, quæ suæ sunt artis, curat quidem, sed nõ restituit fortunam adversam, h. e. eventum infelicem expertus. Ejusmodi est evẽtus belli, *anceps* scilic. *fortuna:* Quo sensu poëta:

Disce puer virtutem ex me, verumq; laborem,
Fortunam ex aliis.

Hujusmodi est stipulatio: *Si navis tua ex Asiâ venerit, decem dare spondes? Si Titus consul creetur, dabis? Si Cæsar Turcam vincat, mille spondes? d. l. unic. §. sin autem aliquid. d. l. in facto 60. l. si quis 57. l. si ita 63. l. seq. l. à Titio 108. hoc titul.*

† Potestativa est illa, quæ sine impedimento est in 147
potestate ejus, in quem cõfertur: puta, *Si fundũ non*

his, quos habes, sumam? l.2. l. inter 83. l.in executione 85. §. quod si stipulatus. l. si ita 92. l. seq. h.t. vel non sit absoluta & planè libera voluntas implendæ conditionis, sed certo modo concludatur, veluti in hac stipulatione: *Servum dare spondes, si tuo arbitrio tibi rationes reddiderit? l. hæc venditio. ff. de contrahen. empt. §. pen. Instit. eod.* Hoc enim arbitrium juris dispositione certum accepit modum, ut intelligatur secundùm boni viri arbitrium. *leg. in personam 22. §. prima. de regul. jur.* Cùm itaque in his & similibus non comprehendatur libera, & merè spontanea promissoris voluntas, facilè intelligitur, tales stipulationes valere: Quia dispar ratio harum est, quam istius stipulationis, *Si voles, dabis? Si volam, dabo?* de qua *in dict. l. sub hac 8. ff. de action. & obliga. & in l. centesimis 46. in fin. hoc tit.* Cùm nolens dare aliquando cogi possis. Quæ ratio etiam est, ut mixta in promissoris potestatem collata, valeat: quia non solus in suo arbitrio positum habebit, ut obligetur & exigatur. † Hinc nec quorundam distinctio improbanda est, quam ponunt in differentiâ conditionum ipsius stipulationis, & rei cohærentium: illæ ut plurimùm in arbitrium rei promittentis collatæ liberam attribuunt voluntatem statuendi, utrum obligatus fieri velit, nec ne: hę non item: ideoque posse in rei arbitrium conferri, ut statuat, quo tempore, ubi, aut quantum, seu cujus bonitatis dare velit. *l. 2. §. Scævola. ff. de eo quod certo loc. dict. leg. hæc venditio.* † Sic etiam multum refert, an stipuler à te, *cùm volueris, dare spondes?* an *Si volueris, dabis?* Priore casu inutilis stipulatio non est; quia non confert in voluntatem tuam, utrum velis esse obligatus, sed quo tempore velis solvere, ut hoc statuas arbitratu boni viri, quippe idem est, ac si stipu-

latus essem, *quando volueris, & potueris? l. Nepos Proculo. de verb. sign. l. quodcunq; 45. §. non solùm. d. l. centesimis 46. §. 1. h. t. ibi Jas. post Bart. l. qui promisit 48. ff. de cond. indeb. ubi Jason nu. 1. l. si Titio 22. ff. quand. dies legat. ced.* Posteriore planè est inutilis, quia in tua potestate permitteret, utrum velis esse obligatus nécne. *d. l. centesimis 46. §. si ita. & in fi. h. t.* Sed cũ illa verba, *Cùm volueris?* sint ambigua, & interdum vim conditionis habeant. *l. inter illam 217. cum ibi nota. ff. de verb. sign.* interdum solùmodo temporis continuationem & descriptionẽ, *ut d. l. quodcunq; 45. §. non solùm. h. t.* hac in parte diligenter spectanda ac perscrutanda est mens utriusq; tã promissoris, quàm stipulatoris. *arg. l. semper in stipulationibus. de reg. jur.* †Occurrunt autem circa hanc & præcedentem conclusionem aliquot exempla, de quibus inter alia dubitatur, utrum sint stipulationes conditionales, nécne? De quibus hîc lubet quædam infarcire. Primò quæritur de stipulatione annuâ, sítne pura, an conditionalis, vel in diẽ? Exempli gratiâ: *Decẽ aureos annuos dare spõdes?* Videt primi anni pura, cæterorum verò conditionalis: quia perinde est, ac si adderetur, quoad vivam. †Id quippe accidit legato annuo, *l. 4. ff. de annuis lega.* Stipulationes verò utplurimùm legatis adsimilantur. *l. quæ de legato 46. ff. de lega. 1.* † Sed obtinuit in eo manifestam esse differentiam stipulationis & legati. Nam pura à conditione & die hæc censetur stipulatio & perpetua, adeò etiam, ut ad heredem & contrà heredẽ transmittatur: neq; alio modo tutus est promissor ejusq; heres adversus stipulatoris heredem, quàm exceptione pacti, vel doli, si expressè vel tacitè usq; ad tempus mortis cõcepta sit, *juxta §. at si ita. Instit. h. t. d. l. obligationum fere 44. de action. & oblig. l. si Stichum 16. §. 1. h. t.* † Nam & in mul-

multis aliis differunt *legatum annuum & annua stipulatio.* † Stipulatio, ut in singulos annos quid detur 156
vel fiat, una est, *d.l.si Stichum 16.§.1.h.t.* annuum legatum multiplex: tot enim sunt legata, quot anni cedent. *d.l.4.ff.de annu.lega. l.cùm in annos.ff.quando dies leg. ced. l.1.§.1.si in annos.ff.ad L.Falcid.* In stipulatione semel inspicimus jus & facultatem capiendi: in legatis singulos annos. *d.l. cùm in annos.ff.quand. dies leg.ced. d.l.si Stichum 16.§.1.h.t.* Stipulatio in singulos annos est incerti, quia infinitũ tempus infinitamq; quantitatem habet, quæ quanta sit, ipsa pronunciatione sive stipulationis conceptione non apparet: legatum verò in singulos annos relictum, certũ est, & certam continet quantitatem. *d.l.si Stichũ 16.§.1.* Legatum annuũ finitur morte legatarii. *d.l.4.d.l.in singulos:* non etiam stipulatio annua, etiamsi additum esset, *quoad vivam: d.l.si Stichũ 16.§.1.d.§.at si ita.d.l.obligationũ ferè 44.* Legata enim annua relinquuntur personæ, & ipsi legatario consulunt: in stipulationibus contrà non stipulator, sed promissor sibi consulit, ut divisis pensionib. solvere liceat, q̃ alioquin totum unâ eademque die solvendũ foret. Cuja. *ad d.l.si Stichũ 16.h.t.* Sed nec, uti legatum, hanc habet conditionem tacitã, *si stipulator vivit.* Donellus *in d.l.si Stichum 16.§.1.* Siquidẽ in legato versatur meritum aut gratia legatarii. *l. nec adjecit.l.seq.ff.pro soc.* Eadẽ affectio, amor & gratia testatoris non potest, quo ad legatarii heredẽ, intercedere, cùm incertũ sit, qualem ille heredem habitur' ob varios casus & voluntatum mutabilitatem. † At 157
qui stipulanti promittit, non solùm stipulatori, sed etiam heredi ejus promittere voluisse videtur cuicunq;: quia nõ affectione & gratiâ motus promittit, sed animo negotii cõtrahendi, q̃ nõ ignorat esse p-

petuum & ad heredem transiturum: maximè cùm non ignoret, vel certè ignorare non debeat, stipulatorem non solùm sibi, sed etiam heredibus suis consulere voluisse, *l. in conventionibus 219. ff. de verbor. signif. l. si pactum. ff. de probatio. l. successor 12. ff. de negò. gest. l. Pomponius. §. sed & legatario. ff. de acquir. poss. l. id. tempus. §. fin.*
158 *ff. de usucapion.* † Non obstat *l. pen. §. 1. h. t.* ubi Paulus: *De hac*, inquit, *stipulatione, annua, bima, trima die id argentum quaque die dari? apud veteres varium fuit: sed verius, & hic tres esse trium summarum stipulationes.* Est enim inter hanc formulam stipulandi, & illam, de qua hactenus *ex d. l. si Stichum 16. §. 1. h. t. in annos singulos decem dabis?* vel, *decem aureos annuos dare spondes?* magna differentia. Nam si, *annua, bima, trima die dari decem?* stipulor, perinde est, ac si dicerem: *Primo anno decem?* deinde, *secundo anno decem?* & denuò, *tertio anno decem dabis?* Neque una est verborum conceptio, sed multiplex: neq; una summa, sed plures, *ut cap. 6. conclus. 18.* dictum est. At si dicam, *in singulos annos decem? vel aureos annuos decem?* non per annorum numerum plures summas, sed universaliter omnes annos, omniumque illorum annorum universam summã comprehendo. Neque plures verborum conceptiones sunt, sed una: ut hîc regula locum habere nequeat, *tot esse stipulationes, quot res, summæ & species. l. scire debemus 29. h. t.* quia una summa per plures annos solvenda, non plurium annorum summæ exprimũtur. Deinde ista formula *in dict. l. si Stichum 16. §. 1. h. t.* certa & definita, plura tempora non habet. *l. legata inutiliter. l. talis scriptura. a. l. si cui legetur. ff. de lega. 1. l. unic. §.*
159 *cùm autem. C. de rei uxor. actio.* † Planè similis est huic stipulationi illa, *hoc anno?* vel *post biennium dabis?* agi quippe non potest, antequam annus ille vel biennũ præ-

præterierit. *l. qui hoc anno. h. t. l. si in annos. ff. de condit. & demonstrat.* Sic nec tum, quando *annuos decem* stipulor, agere possum, nisi annis illis vel pluribus vel omnibus præteritis, nec peto ut summas singulas, sed ut promissæ summæ partes seu pensiones, ad instar casus, qui est *in l. lecta 40. ff. de reb. cred. si cert. petat.* Ideoque plurium præteritorum annorum pensiones, ut unica summa conjunguntur, ut & plurium mensium, *in d. l. lecta 40.* † Non etiam obstat, quòd in an- 160
nuo legato, nō minùs, quàm in stipulatione annua, una appellatur summa, nec ea, nisi semel legatur, *l. si cui legatur. ff. de lega. 1. l. cùm in annos. ff. quando dies lega.* Etsi enim verbis, verborumque conceptione unum videtur legatum, sententiâ tamen testatoris, non unum, sed plura sunt legata, propter tacitam conditionem, quam habet, *Si eo anno vivat legatarius:* quæ efficit, ut singulis annis hoc legatum videatur & finiri & repeti. Secus verò est in stipulatione, quæ illam, ut dictum est, tacitam conditionem non habet.
† Nec rursum huic contrarium est, quod Justinia- 161
nus *in l. sancimus. §. pen. Codic. de donat.* sancivit, annuam donationem traditione vel donatione confectam insinuatione non egere: cùm tot sint donationes, quot summæ. Duarenus quidem existimat, id tantùm pro ratione ac naturâ insinuationis fieri, ac si hujus ista ratio sit; ut ad præsentem traditionis sive præstationis summam oculos saltem intendat. Verùm huc recurrere non est necesse. Nam si ipsum inspiciamus textum, facilè percipitur, Justinianum diserte distinguere inter *donationem annuam, bimam, trimam, quadrimam, &c.* & donationem *annui*, sive *annuam universaliter* conceptam: illam insinuationis non egere; hanc egere. † Sic & in facti specie. *l. si* 162

servus communis. §. cùm servus. ff. de servor. stipulat. non fuit universalis, neque unica conceptio, sed certorum, eorumque distinctorum annorum: Quot igitur anni ista stipulatione exprimebantur, tot etiam stipulationes erunt; quia tot etiam res promittebantur, non una omnium istorum annorum summa secundùm Cujac. *in dict. l. 16. §. 1. h. tit.* † Quæ verò hactenus de legato annuo diximus; ita sunt, nisi constet ex verbis vel mente testatoris, quòd voluerit illud perpetuum esse & ad heredes transire, *per legem si cum præfinitione. l. Firmio. §. ult. l. nec semel. ff. quand. dies legat. ced. l. in annalibus. Cod. de lega.* aut ecclesiæ vel Reipublicæ annuum legaverit. *l. 6. l. annua. §. ultim. l. penultim. ff. de annuis lega.* Nam sciebat Rempubl. & ecclesiam nunquam mori. † Rursum quæstionis est, an idem sit, *ante Kalendas & Kalendis dare?* Dubiũ faciebat, quod non videtur ante Kalendas fieri, quod ipsis fit Kalendis: totumq; illud tempus, quod usque ad diem Kalendarũ à die stipulationis intercedit; & prius est ipsis Kalendis, & Kalendas antecedit: Kalẽdæ verò tempus sunt posterius. Obtinuit tamen & usu & ratione, ut nihil differant, ac neutrâ ex stipulatione agi possit, nisi Kalendis finitis. *§. in diem. Institut. hoc tit. l. qui ante 13. h. t.* Item dicendum est, si quis stipulatus sit, *intra Kalendas*, vel *post Kalendas*: utrique stipulationi etiam ipsæ includuntur Kalendæ: idq; latè examinatur *in l. anniculus 132. & l. seq. ff. de verbor. signif.* † Interdum accidit, ut eadem stipulatio & diem & conditionẽ habeat; veluti in facti specie. *l. 8. & l. 10. h. tit.* Hic etsi conditio existat, dies tamen adhuc expectandus est; nec rectè petitur, nisi & ille præterierit: Exempli gratia: *Si navis ex Asia venerit, tum ex eo die intra menses quatuor mille dare spondes?*

§. in

§. in diem. §. sub conditione. Institut. hoc titul. dict. leg. 8. h. tit. Etsi navis illa, de qua convenit, ex Asia venerit, & ita conditio extiterit, expectandus tamen est exitus quarti mensis, antequam agi possit. Cùm promissoris gratia tempus hoc adjectum censeri debeat. *l. cùm tempus 17. l. nihil peti 186. de reg. jur.* † Sed hîc du- 166
bitatur, si conditio sit in non faciendo, an & conditionem & diem contineat? an tantùm diem, vel conditionem tantùm? Exemplo sit: *Si Kalendis Stichũ non dederis, decem dare spondes? d. l. 8. h. t.* Item, *Si Titius intra Kalendas in Italiam non venerit, centum dabis? l. 10. h. tit.* Si Stichus vel Titius Moguntiæ in Germania ante Kalendas moriatur, certum est, neque Stichum dari, neq; Titium in Italiam venire posse. Quid igitur? An statim commissa dicetur stipulatio, deficiente stipulationis conditione? an adhuc expectabitur dies Kalendarum, ut is declaret defeciisse conditionem? Committi stipulationem statim, dubium non est. *l. ita stipulatus 115. h. t.* Sed utrum continuò agi possit, controversum videtur. Nam hac in re Paulus *in d. l. 8. h. t.* & Pomponius *in d. l. 10. h. t.* pugnantia scripsisse videntur; cùm ille dicat, non posse agi, antequam etiam dies accedat: hic, confestim agi posse affirmet; ex quo constat, deficere conditionem. Sanè de ea re inter veteres JCtos controversiam fuisse, patet *per dict. l. 8. h. t.* at propterea credendum non est, hos quoq; duos inter se disensisse: nec puto ex hoc leviculo indicio conciliandos: nam adhuc obscurũ maneret, utrius sententiam Justinianus approbaret: & cùm neutrum improbet, utramq; approbasse dicẽdus foret. At contraria & repugnantia simul ut sint, Justinianus efficere nõ potuit. *l. ubi repugnantia. de reg. jur.* Donell° distinguit inter ipsum promittentẽ & ex-

traneum: ut si conditio collata sit in arbitrium promissoris, adhuc dies debeat expectari: veluti in facti specie. *d. l. 8. h. t.* si verò collata in personam extranei, vel in casum, h. e. si talis sit negativa conditio, quæ in fortunâ & solo eventu, nõ in potestate humanâ posita, continuò agi posse, quàm primùm constat, defeciſſe conditionem, seu in eo statu esse, ut impleri non possit suâ die: & illum tractari casum *in d. l. 10. h. t.* tradit Donellus. Cujacius verò, *in d. l. 8.* respondet, fuisse diem solutioni adpositum: *in d. l. 10.* diem non solutioni, sed conditioni dictum fuisse. Sed eo ipso, quo diem solutioni per conditionem adjicis, etiam conditioni diem assignas, intra quem impleri & evenire debet. Ideoq; magis placet Donel. qui ratione meliore nititur: cùm priore casu hoc disertè agatur, ut ante Kalendas invito promissore pœna non committatur, sive vivat Stichus, sive moriatur ante Kalendas. Posteriore casu, si tertia comprehendatur persona, aut fortuna sola, in quam conditionis evẽtus cõfertur, disertè hoc ab initio actum videtur, ut invito quoq; promissore conditio deficiat, & stipulatio committatur. Deinde prior facti species hanc redolet indolem, ut in favorem promissoris dies cẽseatur adjectus; & ita non sit simpliciter stipulatio cõditionalis, verùm etiam diem in se habeat: poste-
167 rior non item. † Quæstio etiam movetur circa illam stipulationem: *Cùm petiero decem, dare spondes?* an sit conditionalis, vel pura? *l. si decem 48. h. t.* Dubium faciebat, quòd istæ stipulationes, *Cùm dederis? Cùm veneris? Cũ volueris? Cùm potueris, dare spondes?* conditionẽ habere dicuntur. *l. quodcunq; §. non solùm. l. centesimis §. ult. h. t. l. Nepos Proculo 125. ff. de verbor. signif.* Sed cùm in qualibet stipulatione non solùm verba, sed etiam

mens

mens spectanda sit, *l. semper in stipulationibus. de reg. jur. l. si ita quis 135. h.t. l. Titia heredis. ff. de condit. & demonst.* & his verbis potiùs admoncamus, ut celeriùs solvat, quàm conditionem exprimamus. *d.l. si decem 48. h.t.* obtinuit, ut hæc stipulatio conditionalis non existimetur, *d.l. si decem 48. l. si ita quis 135. h.t. d.l. Titia heredis. ff. de condit. & demonst.* † Quod tamen secus est in o- 168
perarum stipulatione, quando patronus stipulatur, *operarum decem cùm petiero?* In hac stipulatione ex naturâ rei subjectæ & mente contrahentiũ hæc verba vim conditionis habent. *l. cùm patronus. ff. de oper. liberto. l. 7. ff. de usufruct. lega.* & perinde est, ac si dixisset. *Si indixero?* Sed & aliàs, ut suprà quoq; monui, particula, *cum*, induit naturam conditionalis particulæ *si:* ideoq; oportet hac in re & mentem loquentium, & rem subjectam intueri; ut *in d.l. inter illam 217. de verb. signif.* videre licet. † Quæritur etiam, an illa stipula- 169
tio, *arbitratu Lucii Titii restitui spondes? l. si quis arbitratu 43. l. seq. h.t.* conditionalis sit nécne? Dubium facit, quòd intelligitur in hac concessione arbitrium boni viri, *l. 6. l. in proposita 78. ff. pro soc. leg. hæc venditio 7. ff. de contrab. empt. l. si in lege 24. ff. loca.* quod obligationem ideo non suspendit, quia jure certum est, ac si jam arbitratus esset is, de quo convenit, *per l. 1. §. 1. ff. de lega. 2. & l. si filia pater 43. ff. de lega. 3.* adeò ut si iniquè arbitretur, hoc ejus etiam arbitrium non pro irrito ac nullo habeatur, sed ad boni viri arbitrium reducat. *l. societatẽ 76. l. unde 79. l. seq. ff. pro soc.* Sed & hîc manifesta inter legata & stipulationes differentia est observanda. † Nam legatis si arbitrium alienum fuerit ad- 170
scriptum, cùm pro viri boni arbitrio tantùm accipiatur, vim cõditionis nullam habet, legatumq; debetur cujusvis boni viri arbitrio, etiãsi ille arbitra-

tus nõ fuerit. *d. l.1.§.1.ff.de l.2.d.l.si filiæ pater 13.ff.eod.3.l. ult.§.1.C.commu.de leg.l.in testamento 27.in fin.ff.de fidei-com.libert.* non solùm ob favorem testatoris, verùm etiam, quòd non præsumatur testatorem adjeciſſe hoc arbitrium differendæ obligationis, sed solutionis causâ, ut ea rectè & bona fide sequatur: secus verò in contractibus. *l.fin.C.de contrab. empt. & vend. l. si merces.ff.loca.Donel.ad l.si quis arbitratu 43.h.t.per l.in per-*
171 *sonam 22.§.1.ff.de reg.jur.* † Nam etsi in his etiam accipitur pro boni viri arbitratu, *d.l.6.ff.pro socio.d.l.7.ff. de contrahend.empt.l.3.C.de dot.promiſ.l.in personam.§.1.ff.de reg.jur.* pro eo tamen non absolutè accipitur, neque ut modum solutionis faciat, sed ita etiam, ut statum & modum obligationis constituat: sive sit contractus bonæfidei, *l.si coita.ff.pro socio.l.ult. C. de contraben. empt.l.si merces.ff.loca.* sive stricti juris. *l. si quis arbitratu 43.l.seq.h.t.d.l.in personam 22.§.1.de reg.jur.* Et licet Cõtius, Duar. & Cujac. existiment, initium *d. l. si merces 25. loca.* non esse Gaii, sed à Treboniano transcriptũ *ex l.fin.C.de contrab.empt. & vend.* reclamat eis tamen vehementer *d.l.si quis arbitratu 43.cũ l. seq.& d.l.in personam 22. §.1.* Obligatio igitur ex contractu nulla nascetur, nisi arbitratus ille sit, de quo convenit. *d.l. & ideo 44.h.t.d.l.ult.C.de contrab.empt.d.l. si coita.ff.pro soc.* tametsi promissore morã faciente, cum eo agi queat in id, quod interest, si negotii natura id ferat: q
172 alterius loci est. † Hoc quoq; circa has conclusiones quæsitum est, an in stipulationibus sub conditione de non faciendo contractis, puta, *Si Capitolium non ascenderis? Si Romam non venero? Si Stichum non manumiſero?* locum habeat cautio Mutiana, ut creditor possit statim petere promissum, præstitâ cautione de restituendo, si conditio postea deficiat? Quod visum est antiquo interpreti Guilhel. referente Gomezio 2.

varia. rèsol. c. n. num. 37. Cyn. *ad l. sive apud. Cod. de transactio*, ubi quidam alii. Dubium facit, quòd in ultimis voluntatibus hæc cautio Mutiana locum habet, *l. Mutianæ 6. l. is cui sub 18. l. cùm tale 72. l. seq. l. heres 79. §. qui post. leg. sequent. ff. de condit. & demonstra.* quæ cum contractibus ad paria judicantur. *l. servum filii. §. cum, qui cheirographum. l. quæ de legato 46. ff. de lega. 1.* Sed & in omnibus bonæfidei cæterisq; judiciis receptum est, ut cõditionali, vel in diem creditori ex causa caveatur arbitratu boni viri, *l. in omnib. ff. de judic. l. si creditoris. ff. de privileg. credit.* vel res sequestro ponatur. *l. si fidejussor 7. §. fin. ff. qui satisda. cogun. l. 1. §. jubet. ff. de collatio. bono. l. insulam. §. fi. ff. loc.* Sed eo non obstante obtinuit Mutianæ cautioni locum in stipulationibus cæterisq; contractibus non esse, secund. *glos. ad d. l Mutianæ 6. ff. de condit. & demonstr. & Bartol. ibid. num. 4. Alexan. Fulgos. Jas & alu ad l. 1. C. de pact. Bartol. ad d. l. sive apud. C. de transact. ubi Jason. nu. 19. per text. in l. ita stipulatus. vers. quod si ab initio. ff. hoc tit.* ubi Papinianus de facto negativo, nempe, *Si non steteris, quinquaginta dare spondes?* differens, ostendit, non antè committi hanc stipulationem, quàm declaratum & certum fuerit, reum promittendi sisti non posse. Idem ibid. *in §. sed etsi ita.* extenditur ad hãc stipulationẽ; *Si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dare spondes?* item *in §. si Pamphilum.* alio exemplo confirmat. Item per text. *in l. hoc jure 10. h. t.* elegantiùs *per §. si quis ita stipuletur. Instit. hoc tit.* Quod ideo in ultimis voluntatibus receptum est, ne facilè pereant, cùm nisi agnita legata & fideicommissa ad heredem non transeãt; stipulationes transeant. *l. quæ legata 18. cum ibi nota. de regul. jur. §. ex conditionali. Institut. hoc tit. l. unic. Cod. ut actio ab hered. & in hered.* Cùm itaq; dispar sit ratio ulti-

marum voluntatum & contractuum, mirum non erit hîc argumentum ab ultimâ voluntate ad ſtipulationem non procedere: Neq; *d.l. in omnibus. & dict. l.7.§.fin.ff.qui ſatisda.cogun.* agunt de Mutiana cautione; ſed cauſam requirunt aliam, nempe quòd vel prodigus ſit, aut fugitivus, &c.

IX. CONCLUSIO.

173 *IMpoßibilis † conditio affirmativè concepta vitiat ſtipulationem, nec obligationem ex ea oriri permittit: ſecus, ſi negativè concepta fuerit, ut, quod impoßibile eſt fieri, non fiat.*

l.impoßibilis 7.ibi gloß.Bart.Jaſ.Caſtrenſ. Alexand.Bald. Cujac.Donell.& alii.h.t.l.1.§.ſi id, quod dari.l.non ſolùm. ff. de action.& obligat.§.ſi impoßibilis.ibi Dd. Inſtitut. de inuti-

174 *lib.ſtipulat.l. impoßibilium. de reg. jur.* † An verò ſatis purum ſit, & Latinæ linguæ conſentaneum, *impoßibile & impoßibilitas*, cùm Labeo & Julianus malint uti voce, *ἀδύνατον, in L.ab omnibus 104.ff.de leg.1.* nec apud Ciceronem inveniatur, aliis diſceptandum relinquo. Oportet nos loqui, ut intelligamur, quod & Gajus & Papinianus, Ulpianus, Paulus, Modeſtinus & alii fecere JCti, qui non erubuerunt hoc ſermonis

175 genere uti. † Impoſſibilitas autem illa ex tribus ferè cauſis ſecundùm Dd. tradita accidere ſolet: aut enim rerum natura impedimento eſt, aut lex, vel factum.

176 † Impoſſibilitatem naturæ deſcribit Juſtinianus *in §. ſi impoßibilis. Inſt. de inutilib. ſtipul. cùm natura impedimento eſt, quo minus exiſtat*, h.e. id evenire poſſit vel nō poſſit: veluti ſi quis ita dicat: *Si digito cœlū attigero, dare ſpōdes? Si in cœlū aſcendero? d.l.impoßib.7.h.t.* Licet.n. divinæ omnipotentiæ illud haud impoſſibile, ut me hominē uſq;

usq; ad cælestia corpora ferat pmittatq; digitis meis attingere ea: id tamen miraculũ foret, nõ secundùm naturæ ordinẽ contingeret: ideoq; per naturam adhuc impossibile intelligitur. *Petr. Peckius in c. nemo potest. num. 2. de R. J. in 6.* Sic etsi divinâ gratiâ Eliæ, Petro, Paulo, & aliis datum sit, ut mortuos excitarint; & Deus, si velit, talem miraculorum gratiam hodie electis suis dare posset; non tamen propterea hæc cõditio per naturam possibilis intelligetur; *Si ille mortuum resuscitaverit, mille dare spondes?* Par hujus stipulationis ratio est; *Si non moriturum dedero Stichum, centum dare spondes? l. si homo 69. hoc tit. l. 1. §. si id quod. ff. de action. & obligat.* † Ejus etiam generis impossibilitas, quæ 177
per angustiam temporis accidit, *l. continuus. §. cùm ita. h. tit.* veluti si hîc Herbornæ tibi stipulanti promittam; *hodie Romæ mea manu dari:* &, *Si hodie Romæ ipsemet coràm non numeravero tibi decem, mille dabo.* † Etsi qui- 178
dem magi & lamiæ, virtute diabolicâ intercedente, quàm brevissimo temporis spatio è loco in locum remotissimum transferuntur, contra Wierum *de lamiis cap. 10.* & Ponzinib. *in lib. de lamiis* defendente Petro Binstfeldio *de confession. Malefi. memb. 1. quæstion. propos. conclus. 12. & 13. per leg. fin. Cod. de malefic. & mathem.* Georgio Godelmanno verò *cap. 4. lib. 2.* inter magos & lamias distinguente: (dona quippe naturalia in dæmonibus mutata non sunt. *Thom. de Aquin. 1. part. quæst. 64. art. 4. Job 1. 2. 3. & seqq. Matth. 9. vers. 32. Luc. 13. Marc. 9. Exod. 7. Apocalyp. 13. vers. 13. 1. Thessalon. 2. vers. 18.*) hæc tamen veniendi Romam ratio non efficeret, ut consisteret conditio, cùm non contingat secundùm naturæ ordinem consuetum & honestum, sed impium & omni jure prohibitum *per dict. leg. fin.* Deinde etsi dare per sese possibile esse potest, scilic. per pro-

curatorem vel institorem, quem Romæ existentem potuissem de eo antè certiorem facere, ut stipulatoris procuratori tantam summam numeraret eâ die; & quod quisque per alium facit, ipse fecisse videatur: tamen, si aut diversa sit contrahentium sententia, aut nullos Romæ procuratores negotiorúmve gestores habeant, vix est ut tum aliqua possibilitas secundùm consuetum naturæ ordinem, vel esse vel fingi possit. *leg. continuus. §. cùm ita. h. tit. l. 3. §. si quis ita. ibi Jaſ. ff. de eo quod cert. loc. l. ult. §. si inter eos. hoc tit. §. loca. Inſt. h. t.* in quam sententiam plura apud Menoch. *de*
179 *arbitrar. jud. quæſtion. lib. 2. caſ. 480.* † De jure impossibile est, quod Lex, SCtum, constitutio, edictum & boni mores fieri vetant. *l. non dubium. Cod. de legib. l. si ſtipulor 35. l. ſtipulatio hoc modo 61. h. titu. l. 7. §. ait prætor. §. ſeq. §. & generaliter. l. ſi unus. §. pacta, quæ turpem. l. ſeq. l. jus agnationis. l. jus publicum. ff. de pact. l. nec ex prætorio. de reg. juris.* cùm illud tantùm nos posse putemus, quod salva pietate, existimatione, & verecundia facere possumus. *l. filius 15. leg. quidam in ſuo 27. ff. de condit. inſtit. l. nemo poteſt 55. ibi Bartol. Bald. Jaſon. ff. de lega. 1. l. 3. §. pro illo. ff. pro ſocio. Bald. ad leg. 2. in 2. lectu. ff. de his, qui ſunt ſui vel alieni jur. Jaſon ad leg. more. num. 1. in fin. ff. de juriſdict. omn. judic. Franciſc. Ripa ad leg. facto. §. ſi quis rogatus. ff. ad SC. Trebel. gloſſ. ad l. in re mandata. C. mand. l. Nepos Proculo. cum annota. ff. de verb. ſignif. §. libertas. ibi* Weſenbec. *Inſt. de jur. perſona.* Ejusmodi est conditio: *Si Titium interfecero? Si parentes non aluero? Si patrem ab hoſte nõ redemero? Si germanam ſororem meam uxorem duxero? Si me heredem non ſeceris, mille dare ſpondes? d. l. ſi ſtipulor 35. d. l. ſtipulatio hoc modo. l. generaliter 26. l ſeq. hoc tit ul. dict. l. filius 15. dict. l. quidam in ſuo. l. Julianus. §. conſtat. ff. de legat. 1.* Et huc faciunt, quæ de factis possibilibus & licitis traditi

dita sunt suprà *cap. 6.* † Sed contra hanc Dd. doctri- 180
nam insurgit Æmilius Ferretus *ad l. 7. hoc tit.* qui as-
serit, ea, quæ jure vel bonis moribus prohibentibus
fieri non possunt, propriè non appellari impossibi-
lia; alioquin, ait Ferretus, cùm de illis, quę jure & bo-
nis moribus improbantur alibi, nempe *in leg. 1. §. si id
quod dari. ff. de action. & obligat. & §. si impossibilis. Institut.
de inutilib. stipula.* tractaverit JCtus, malè subjeciſſet,
maleque dixiſſet, aut saltem frustra & otiosè, *item sub
impossibili conditione* &c. Quibus sanè verbis videtur
JCtus distinguere impossibiles conditiones ab iis,
quæ jure & moribus fieri prohibentur. Deinde ho-
mo liber, quatenus homo est, promittitur, & domus
exusta, quatenus usta, & homo similiter mortuus:
adde, promitti sororem germanam ducere, homici-
dium committere &c. Nam hoc assassinii genus ma-
lè feriatos quandoque contrahere, experientia do-
cuit, Julius Clar. *libr. 5. sentent. §. assassinium.* Verum
autem est, ea non posse præstari, non quia sint im-
possibilia, quæ per se naturâ fieri non possunt; sed et-
si naturâ fieri queant, recipiant tamen à posteriori
impedimentũ. Non ergo propriè sunt impossibilia.
Tertiò, impossibilia tantùm affirmativè vitiant,
non negativè. *l. 7. l. seq. hoc tit.* At quæ jure fieri pro-
hibentur, non solùm affirmativè, sed & negativè vi-
tium adferunt stipulationi: veluti, *Si sacrilegium non
feceris? leg. jurisgentium 7. §. si ob maleficium. ff. de pact. leg.
2. ff. de condit. ob turp. caus. l. stipulatio hoc modo 61. hoc titul.*
Non ergo nomine tantùm, sed & re differunt: ac
proinde non sunt propriè impossibilia. † Alii sunt, 181
qui contrà statuunt; ea quæ cõtra honestatem fiunt,
non tam ad juris, quàm ad naturæ possibilitatem
esse rejicienda: quippe quòd natura non solùm se-

cundùm physicos, verùm eos etiam, qui de moribus
182 tractant, accipiatur de eo, quod honestum est. † Sed cùm Æmilii Ferreti argumenta non generent necessariam consequentiam, & ex eo philosophorum, atque Ethicorum doctrinâ Juris præcepta fluant, nec tamen hi philosophi naturam ipsam hanc esse honestatem, sed eam honestatem ex naturali ratione promanare intelligant, atque adeò naturam pro humanâ ratione accipiant: neque solùm naturâ turpia, sed & civilibus moribus in honestorum numero adscriptâ hac appellatione JCti concludant. *leg. si stipulor 35. hoc tit. l. 2. ff. de his qui effud. vel dejecer. glos. ad l. de illo 23. vers. difficile est. ff. pro socio.* mihi visum est neque in illam Ferreti, neque in hanc descendendum esse sententiam, sed communibus Dd. suffragiis inhærendum. Nec primum obstat Ferreti argumentum, cùm *in dict. leg. 1. §. si id quod dari. ff. de action. & obligation.* non disputetur de conditione, sed de ipsa re, quæ promissa est: Docet enim, si illa res promittatur, quæ dari nequeat, vel factum, quod præstari non potest: veluti si quis hominem mortuum, ædes deustas, aut rem sacram, vel homicidium promittat: statim esse inutilem & nullam stipulationem: quia nihil in eam deductum sit, ex quo obligatio oriri potuit. Idem, deinde dicit esse, si qua stipulatio concepta sit sub impossibili conditione. Videbatur idem non esse; hanc ob causam, quòd nihilominus hîc res in stipulationem deduceretur, ex qua possit oriri obligatio, cùm conditio non sit illud ipsum, quod in stipulationem deducitur, sed quod adjicitur differendæ obligationis causâ: Nunc autem, quod proprium, vel effectum est subjecti, non con-
183 tinuò proprium, vel effectum est adjuncti. † Nec

par

par ratio ejus est, quod promittitur, & ejus, quod promissioni adjicitur. Sicuti ergo legatum quidem rei turpis & illicitæ penitus vitiatur, ut si quis leget alicui hominem liberum vel mortuum, vel rem sacram, non autem si impossibilis conditio adscripta sit. *§. impossibilis. Institut. de hered. instit. l. 3. l. non dubitamus 20. l. quoties 22. ff. de condit. & demonstrat. l. 1. l. conditiones quæ 9. l. conditiones contrà 14. ff. de condit. instit.* Ita quoque de contractibus, præsertim stipulationibus, sentiendum videbatur, cùm ea, quæ de legatis constituta sunt, etiam ad contractus pertinere credantur. Sed non esse hanc differentiam rei promissæ & conditionis impossibilis promissioni insertæ in stipulationibus, respondet JCtus, ostendens omnino idem juris obtinere in stipulatione impossibili, quod in re promissa, quæ præstari per naturam vel jus non potest: sive isti conditioni natura, sive jus obstet: non enim distinguit *in dict. l. §. si id, quod. ff. de action. & obligation.* Cùm itaque in antecedentibus Gajus non disputet de conditionibus, sed de rebus, quæ in stipulationem deducuntur; sed illud jus, quod in antecedentibus exposuit, extendat ad conditiones impossibiles, neque malè, neque frustra, neque otiosè. *¶ſ. item sub impossibili.* subjecisse videri potest, etiamsi dicamus inter impossibiles enumerari conditiones non solùm, quæ naturâ, sed etiam, quæ jure impleri impediuntur. Ex altero loco, nempe *§. si impossibilis. Institut. de inutilib. stipulat.* idem elici non potest. Deinde Justinianus unam speciem impossibilium definit: non ergo reliquas excludit. Ad secundum respondetur, committi eandem hîc fallaciam, nempe à definitione unius speciei, inferri exclusionem alterius, ac si nulla sint alia impossibilia, quàm quę na-

turâ tantùm: & ita pro cõcesso præsupponitur, quòd est in quæstione. Quæritur enim, utrum etiam rectè impossibilia vocentur, & definiantur, quæ jus & honestas fieri prohibet? Affirmamus ex definitione libertatis, ex juris autoritate, quòd non solùm possibile æstimat ex naturâ, sed etiam ex honestate & moribus: Negat Ferretus, quia impossibile sit illud propriè, quod tantùm naturâ est impossibile. Est igitur elenchus principii. Sed & naturâ impossibilia possunt stipulatione comprehendi; veluti *cælum attingere:* nec tamen ex ea conceptione verborum ali-
184 qua possibilitas vel impossibilitas colligenda. † Tertium in idem vitium incidit; præsertim verò causam, quæ causa non est, ponit: Non enim ex eo contingit, ut naturâ impossibiles conditiones non vitient, sed puras esse stipulationes declarent, si conceptæ sint negativæ, quia sint impossibiles; sed quòd negativè conceptæ nõ ampliùs arguunt disensum, sed apertum consensum, imò naturâ impossibiles conditiones, veluti si *in cælum ascenderis?* negativè conceptæ possibilitatem manifestam habent. *l. 7. hoc tit. ibi Donell. num. 6. & 7.* Quod si in negativa eadem durat vitiandi & impossibilitatis ratio, idem quoque effectus durabit, juxta vulgatam regulam; ubi eadem ratio, ibi idem jus; ubi diversa ratio, diversum jus. *cap. unic. de allod. leg. non possunt. cum sequentib. de legib.* Nunc autem dubio caret, si quis ea negativè comprehendat, aut promittat, vel in conditionem rejiciat, quæ inhonesta sunt & jure prohibita, puta; *Si homicidium non commiseris? Si furtum non feceris? Si me heredem non feceris?* eandem impedimenti rationem occurrere, nempe turpitudinem; cùm non præmiorum spe ad virtutem invitari, & ab illicitis deter-

reri

teri debeamus, sed ultrò & sponte studere honesta & licita agere, contrà declinare illicita & turpia. *l. 2. l. fin. ff. de condict. ob turp. caus.* Præterea etsi largiremur hoc ita esse in conditionibus naturâ impossibilibus: ex eo tamen non continuò consequens fieret, nullas conditiones alias inveniri jure impossibiles; nec istas nomen impossibilium mereri, reclamante Ciceronе, & libertatis definitione. Hactenus de iis, quæ aut natura aut jure impossibilia. † Facto im- 185
possibile, illud censetur, quod quidem neque naturâ neque honestate impediente, sed propter perplexitatem, vel extremam difficultatem penè impossibile est. *Decius & Cagnol. ad leg. impossibilium. & leg. ubi repugnantia. ff. de regul. juris. gloss. Dyn. & Petrus Peckius ad cap. nemo potest. num. 6. de regul. jur. 6. gloss. Mynsing. & Schneidew. ad §. impossibilis. Instit. ut. de hered. instit. Bartol. ad leg. 1. ff. de condit. instit. Bald. ad leg. eam quam. Cod. de fideicomm.* † Impossibile perplexi illud definiunt, 186
quod ita in se recurrit & revolvitur, ut propter repugnantiam existere non possit, *per dict. leg. ubi repugnantia. ff. de reg. juris. l. si Titius. ff. de condit. instit. l. qui quadringenta 88. ff. ad L. Falcid. Mynsing. in d. §. impossibilis. nu. 9. Cagnol. & Decius in d. l. impossibilium 145. de reg. juris. & in dict. l. ubi repugnantia. Bald. ad d. l. eam quam.* Veluti, si stipuler à te; *hunc fundum si illum Titius meum fecerit, mihi dare spondes?* Nam eo ipso, quo completa fuerit conditio, fundus iste amplius mihi dari non potest: cùm id, quod meum est, amplius meum fieri non possit: *l. 3. §. ex pluribus. de acquir. possess.* quod si Titius meum non fecerit, nihil etiam debetur, quia conditio non extitit. Item, *Si Titius heres erit, Sempronius heres esto: Si Sempronius heres erit, Titius heres esto: dict. leg. si Titius. ff. de condit. instit.* Huc quidam referunt *l. si Titius 9. ff.*

hoc tit. Titius & Sejus seperatim à me stipulati sunt; *illum fundum, si illi non dederis, mihi dare spondes?* Nam si alter petat à me fundum, quòd alteri non dedi; respondere perpetuò potero, adhuc expeditum non esse, an alteri dare velim, *Petr. Peckius ad dict. cap. nemo*

187 *potest. num. 6. de regul. juris 6.* † Neque verò antè committi potest stipulatio, quàm certum esse cœperit, fieri non posse, quod conditione comprehensum est. *leg. ita stipulatus 115. §. item si quis ita. hoc titul.* item, si neutri dedero, utrique competet actio. Sed magis est, ut hîc nullam agnoscamus perplexitatem, ob tacitam contrahentium voluntatem, quæ hæc est, ut intelligatur hæc stipulatio reciproca, *Si non dederit, cùm potuerit*; & usque ad litem contestatam in potestate sua habeat utri dare velit, ut se obligatione liberet, *l. si insulam. hoc tit.* Si verò stipulatorum alter alterum prævenerit, & cum promissore litem contestatus fuerit, non possit amplius se liberare solvendo utri velit, sed necesse habet, actori dare; quia litis contestatio est quædam novatio. *dict. l. aliam 29. ff. de novation. dict. l. si insulam. hoc tit.* At, inquies, nondum natâ actione, alter cum altero aget, & illum stipulatorem præveniet: cùm tamen absque actione nemo experiri possit. *l. 6. §. fin. ff. de neg. gest.* Et sanè Jason *in dict. l. si Titius 9. hoc tit.* & Barthol. Socin. *in addit. ad Marian. Socin. ad cap. 1. num. 2. extr. de for. compe.* asseruerunt, hoc casu absque actione quem experiri, & ita casum à regula exceptum *in dict. l. si Titius 9. hoc tit.* proponi: quod mihi à vero alienum videtur. Apertè enim constat, actionem ex hac conditionali stipulatione eo ipso utrique stipulatori natam esse & competere, ex quo promissor illi fundum dare potuit commodè, *juxta l. Nepos Proculo 125. de verb. signif.* nec dedit: Extitit

titit enim conditio.† Difficultas facti, penè impossi- 188
bilitatem inducens est, veluti si quis sub hac conditione libertatem promittat servo, *Si is millies cētena millia aureorum suæ pecuniæ dederit: l. cùm heres. de statuliber. Petr. Peckius ad d.c. nemo potest. num. 6. Si Alpes omnes ultra mare deferas: Dynus ad c. nemo potest. nu. 2. de reg. jur. 6. Si Rhenum ebibas.* Sed hoc genus cōditionum multis casibus potius dicitur difficile, quàm impossibile, maximè si non sit infinita difficultas futura. Cujac. *obs. 39. lib. 21.*† Quibus ita præmissis, facilè liquet ratio hu- 189
jus conclusionis: nempe quòd is, qui sub ejusmodi conditione quid promittit, non videatur animum habere sese obligādi: quia scit, vel scire debet, talem conditionem existere non posse: nec is, qui sub tali conditione stipulatur, multum distat à joco & risu: cùm in ea re, quæ ex duorum cōsensu agitur, omniū voluntas spectetur: quorum procul dubio in ejusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, adposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem, nec evenire posse. *l. non solùm 31. ff. de action. & oblig.* † Quæ ratio primùm evidenter ostendit, cur im- 190
possibilis & turpis conditio vitiet ipsam stipulationem, non autem heredis institutionem, legatum & fideicommissum: in quibus quidem ipsa conditio vitiatur, & pro non scriptâ reputatur, id verò quod sub illa conditione datum relictumque est, debetur ac si purè datum relictúmve esset. *dict. §. impossibilis. ibi Dd. Institut. de hered. instit. leg. 3. ff. de condit. & demonstrat. leg. 1. l. 6. in fin. leg. conditiones contrà. ff. de condit. instit.* & cur laudetur heres, qui stultam, impiam, inhonestam contempsit conditionem? *dict. l. filius 15. dict. leg. cùm quidam. ff. de condit. inst.* Etenim ultima voluntas, non ex duorum pluriúmve consensu, sed sola testa-

toris mente dependet; *l.i. ff. qui testamen. fac. pos. l. si quis Sempronium 68. ff. de hered. instit.* quam malit omni meliore modo valere, quàm interire. *l. pater. in princ. & §. conditionum. ff. de condit. & demonstrat.* ideoque mendum inesse creditur conditioni, quam impossibilem
191 adscripsit. † Quo fit ut nihil obstet *l. servo manumisso. ff. de condict. indeb.* ubi quidam colligunt, distinguí oportere inter ignorantem conditionis impossibilitatem, & scientem, ac si illo casu valeat, quod in testamento dispositum est; hoc casu non item. Adhuc enim resistit, quod suspicari nefas putetur, testatorem de morte sollicitum in hac postremâ suâ actione ludere, & jocari voluisse: Imò longè magis pium est, ut credamus mortis cogitatione turbatum, aliud pro alio dixisse, & mendum esse in oratione. Neque etiam distinctio ista ex illo textu sine conjectura elici potest. Siquidem, si ad libertatem ex testamento pervenerit, non erat impossibilis conditio. Nam & libertinus potest pronunciari ingenuus; & liber, qui servus est. *leg. ingenuum 25. ff. de statu homin. l. cùm à te. ff. de dol. mal.* Et si qua hìc esset impossibilitas, ea ex eventu, quo liber & ingenuus pronunciatus fuit, esset; & sic ex hypothesi: non autem ex communi hominum natura ac consuetudine: Ut ideò ex voluntate & intentione testatoris, vel per se pro impossibili haberi non potuerit. Atque ideo meritò hoc fideicom. condicitur. Secùdò hinc elicitur, impossibilem promissioni insertam conditionem non impedire stipulationem, quoties ita concipitur, ut dissensum nullum, sed apertum & purum cõsensum arguat: veluti, si promittas *decem dare, si digitò cælum nõ attigero: si cælum non ascendero:* si hìc Herbornæ constitutus hodie Romæ manu mea non numeravero;

si Rhe-

si Rhenum non ebibas, si Alpes non ultra mare portaveris hodie &c. Nam, cùm in præsenti utrinque constet, has conditiones esse expletas: dubitare nefas dixeris, num mutuus concurrat in idem placitum consensus purus, ac nulla dilatione suspensus? Habent quoque manifestam possibilitatem & necessitatem; quia nihil certius & possibilius, quàm ut cælum digito non attingam: ut in cælum non ascendam: ut Rhenum non ebibam, ut Alpes hodie non transferam. *l. 7. ibi Donel. num. 6. & 7. & Cujac. post gloss. & alios Interpp. h. tit. l. servum. §. si in non faciendo. ff. de hered. instit. Dyn. ad cap. nemo potest. num. 13. de reg. jur. 6. §. si impossibilis. ibi Dd. Instit. de inutil. stipulat.* Circa hanc porrò conclusionem quædam occurrunt, non indigna exactiore examine. † Et quidem initio dubitatum 192
fuit de illa stipulatione; *Quod tibi Titius debet, cùm debitor esse desierit, dare spondes?* utrum jure sit impossibilis censenda? siquidem conditio ista, *cùm debitor esse desierit*, vel, *si debitor esse desierit*, videtur collata in illud tempus, quo impossibile est, ut debitum Titianum videri possit. Sed magis est ut dicamus, valere stipulationem, nec conditionem esse inutilem, cùm videar non idem debitum, quod Titius debet, stipulatus, in eum casum, quo debitum non erit, sed tantundem stipulatus sub ea conditione, *si desierit esse debitor: juxta l. hujusmodi 20. ff. h. tit.* Estq; planè similis conditio illi, *Si illa res mea, desierit aliquo casu mea esse, eam dare spondes?* Secundùm Cujac. *ad d. l. hujusmodi 20. h. tit.* Item, *quod tibi Titius debet, si navis ex Asia venerit, dabis?* † Secundùm alios eadem quæstio occurrit cir- 193
ca illam stipulationem, patris adoptivi, *centum dare spondes, si filium manumisero, ut patri suo naturali possit ex testamento heres fieri?* Pater enim naturalis hac con-

ditione filium alteri in adoptionem traditum heredem instituerat, si patria potestate liberatus esset. Pater autem adoptivus noluit filium emancipare, ut impleretur conditio testamentaria, nisi quid lucri caperet ex ea manumissione: ideo dederat filius aliquem, qui quid manumissionis gratiâ promitteret prædicto modo. Quæsitum ergo est, an hæc con-
194 ditio esset jure impossibilis nec ne? † Illiberabile enim videbatur, hominem liberum aliquid pro capite suo præstare; cùm hominis liberi nulla sit æstimatio, uti servi. *l. liber homo 13. ad L. Aquil. l. 1. §. sed cùm homo liber. l. fin. ff. de his qui effuder. vel dejecer.* qui homo liber ideo immeritò pro libertate pacisci tur pecuniam. *l. cùm servus 104. h. t.* Sed nec operæ, nec munera homini libero imponi possunt. *l. pen. ff. de obseq. paren. & patron. præst. l. pen. ff. si quis à paren. manumis.* Deinde pecunia ob factum quoddam turpiter promittitur accipitúrve, non solùm si id, quod fiet, per se turpe est, sed etiam is, qui accipit, illud facere etiam sine pretio deberet, ut si quis pecuniam ideo dari sibi velit, ut restituat depositum vel commodatum. *leg. 2. leg. ult. ff. de condict. ob turp. caus.* Similis hæc videbatur ab adoptivo patre expectanda emancipatio. Pater enim naturalis jus suæ potestatis quodámodo deposuit, commodavit & concessit vice sua adoptivo patri. Sicuti ergo quodlibet aliud depositum & commodatum reddere debet, sine ulla pretii spe:ita & emancipare filium, eumque naturali patri restituere. Sed neque causam, neque conditionem talis stipulationis turpem, nec per consequens impossibilem esse obtinuit: cùm potestas illa patria adoptivi patris non sit ad tempus, uti depositum & commodatum, facta, sed in perpetuum & propria effecta patris

tris adoptivi: quam invitus non amittet: ideoq; nec inhoneſtè hanc pecuniam accipiet. *l.1. §.ſi parens. ff. ſi quis à paren. manu.* Neq; dat preciũ capitis, uti ſervus, ſed beneficium illud paternum honorario compẽſat. Neq; tam hoc agunt patres emãcipantes, ut magnum faciant lucrum ex emancipatione, ſed liberos eò faciliùs in officio retineant: quia non exigũt ſtatim, ſed exactionem differunt plerunq; in eum caſum, quo patrem emancipantem offendant. Et illud eſt quod *in l. utrum 107. h.t.* Javolenus reſpondit.† Deniq; ſunt quidam, qui diſtinguunt inter ſtipulationem pœnæ ſub impoſſibili conditione contractam, & quamlibet aliam; *propter l. in illa 8. h.t.* Nam cùm ibi dicatur, committi ſtipulationem, ſi Stichum ſua die non dederit, qui tamen ante Kalendas; quibus dari debebat, deceſſerat: ex eo effici putant, pœnæ ſtipulationem ſub impoſſibili conditione factam valere, etſi ſua die non impleatur conditio, committi pœnam. Sed nihil hoc ad propoſitum. Non enim impoſſibilis erat conditio per naturam, tum temporis, quando ſtipulatio interponebatur iſta: *Si Kalendis Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* potuiſſet diutius vivere, & ſpes vitæ erat longioris: Quod ſi vita ejus Kalendas ſuperaſſet, potuiſſet dando conditio impleri, vel non dando deficere: Sed cùm jàm in fata conceſſerit, ſtatim defecit conditio, & commiſſa eſt ſtipulatio, non tam quòd mortuum dare hominem, qui homo ſit, impoſſibile videamus, quàm quod certum ſit Kalendis non dari Stichum. 195

X. CONCLUSIO.

Sed † & modus & acceſſio ſtipulationis, uti cujusvis contractus, eſſe poteſt. 196

Per l. obligationum ferè 44. in princ. & §. modus. ff. de action. & obligation. l. si ita 14. l. si Stichum 16. l. si stipulatus 76. l. si à colono 89. l. si ita 97. §. possum. l. venditores 102. l. stipulatus sum 105. leg. si ita 109. leg. si quis stipulatus 112. l. decem

197 *116. l. seq. leg. ult. hoc tit.* † Modus in legatis & contractibus, est causa aliqua in futurum collata, ob quam quid dari fieri velimus, ut colligitur *ex leg. demonstratio 17. §. ultim. ff. de condit. & demonstrat. leg. 1. ff. de condict. caus. dat. leg. si militem. leg. cùm ancillam. Cod. de condict. ob caus.* & modus dicitur, quia quandam quasi moderationem injicit. Nam etsi id, quod legatur vel promittitur, purè debetur, neque suspenditur, non tamen simpliciter debetur, sed ob causam & respectu illius moderationis. Quo fit, ut in contractibus, maximè innominatis, interdum generet condictionem ob causam dati non secutam, *dict. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. tot. tit. ff. de condict. caus. dat. dict. l. si militem. dict. leg. cùm ancillam. Cod. eod.* vel exceptionem aut replicationem: quò pertinent etiam illa, quæ suprà de falsâ causâ & demonstratione falsâ disputata sunt. Modus ergo huic stipulationi adjectus est: *centum dare spondes ut monumentum tot pedum & imaginum adificem? ut Stichum manumittam? d. l. demonstratio. §. ult. ff. de condict. & demonstrat. ut filium emancipem? d. l. 1. ff. de condict.*

198 *caus. dat. dict. l. utrum 107. h. tit.* † Quid si impossibilis modus adjiciatur? veluti, *decem dare spondes ut te heredē faciam? Acceptum habes id quod tibi debeo, ut te mihi heredem scribam?* Sanè cùm modus non suspendat obligationem, sed nascentem & natam in continenti tēperet, magis est, ut efficax hæc sit stipulatio, repudiato modo inutiliter adjecto. *per leg. cùm donationis, ubi Jason, Alciat. & alii. Codic. de transact. leg. quibus. §. Termilius. ff. de condit. & demonstrat. Petrus Peckius in dict. cap.*

neme

nemo potest. num. 9. in 22. object. & num. 13. in respons. 22. de regul. juris. 6. & in eo differt modus à conditione: tametsi quo ad effectum in vim conditionis resolvatur. *in C. de his, quæ sub mod. vel condit. l. si cui 92. ff. de condit. & demonstr.* quo intuitu modus quandoque appellatur conditio: & vice versa Balduini *in tit. de legat. in Instit.* Est enim modus, quædã causa finalis, propter quam quid promittitur vel datur: qua deficiente extinguitur debitum, perinde uti oriri obligationem impedit defectus conditionis. *dict. leg. demonstratio 17. §. fin. d. l. 1. & 2. Cod. de his quæ sub modo vel condit. ubi glos. Azo in sum. & Cujac. in paratit. l. qui hered. §. ult. ff. de condit. & demonstrat. l. liberto. §. Lucius. ff. de annuis lega. l. cum in testamento. ff. de fideicom. libert. l. sit tibi legatum. ff. de lega. 3. glos. in leg. 1. Cod. de donat. quæ sub mod.* † Aliud modi exemplum proponitur à Paulo *in dict. l. obligationum ferè 44. vers. modus obligationis. ff. de action. & obligat.* 199 *Modus*, inquit, *obligationis est, cùm stipulamur decem aut hominem: nam alterius solutio totam obligationem interemit: nec alterum* (tantùm scil. legũt Florentini; *alter*; alii *nec alter*: sed ut hæc posterior non cohæret cum sequentibus: ita Florentina per exauditionem in eundem sensum recurrit; ut intelligamus, *nec alter modus stipulationis tantùm) peti potest, utique quamdiu utrunque* (promissum) *est.* Quid ergo an alternativa, sive disjunctiva stipulatio modum stipulationi statuit? Id primâ fronte non videbatur, cùm neutra sit propter alteram, & ita non possit dici, causæ finalis vim habere. Ob quam causam pleriq; arbitrati sunt, *modi* significationem *in dict. l. obligationum ferè.* aliter sumi, quàm aliâs solet in contractibus, donationibus & ultimis voluntatibus; nempe pro *alternativa obligatione.* Verùm si paulò acutiùs intueamur naturam alterna-

tivæ ſtipulationis, facilè liquebit, optimâ ratione referri hoc exemplum ad modum: neque modum aliâ hîc *in dict. L obligationum ferè.* ſignificatione uſurpari, quàm *in dict. l.1. & tot. tit. Cod. de dona. quæ ſub modo. l.1. & 2. Cod. de his, quæ ſub modo vel condit. l. ſi cui 92. ff. de condit. & demonſtr.* idq; probare etiam Paulum per ſubjectam rationem in ℣ſ. *nam alterius ſolutio* &c. Primò enim unicus eſt contractus, ſive concernas verborũ conceptionem, ſive ſolutionem; deinde unica obligatio, quia utrunq; ſolvi non debet, ſed alterutrum
200 eorum tantùm. † Tertiò electionem præbet aut debitori, & quidem regulariter maximè poſt editam *l. penult. Cod. de condict. indeb.* aut ſtipulatori, ſi hoc nominatim actum ſit. *l. plerunque. §. fin. ff. de jur. dot. l. ubi autem non apparet 75. §. qui illud aut illud. l. ſeq. l. ſi quis ſtipulatus 112. l. ſi centum 117. l. eum qui 138. §. 1. h. tit. l. illud aut illud. ff. de conſtit. pecun. leg. ſi in emptione. §. ſi emptio. l. ſi ita distrahatur. ff. de contrah. empt. §. huic. Inſtitut. de action. §. generaliter. Inſtit. de lega. l. planè. §. ſi ita Titio. ibi Caſtrenſ. & Jaſ. & ad l. qui duos. ibi Bald. ff. de lega. 1. l. Lucio. ff. de lega. 2. l. ſi non ſortem. §. ſi decem aut Stichum. §. ſeq. l. cùm is qui 33. in princip. & fin. ff. de condiction. indeb. leg. penult. Cod. de condict. indeb. Cujac. obſ. 35. lib. 8.* Quartò neque utrumque abſolutè ſimul, ſed per disjunctionem peti poteſt, neque alterum eorum tantùm: niſi aut alterum eorum ſit peremptum, vel in eâ conditione eſſe deſierit, ut ſtipulanti deberi amplius poſſit. *l. ſi Stichum 16. hoc. tit.* tum in eo, quod reſtat & obligatio durat, & præcisè dandum eſt, ac ſi ab initio ſolum eſſet promiſſum. *l. Stichum aut Pamphilum. ff. de ſolutio. dict. leg. ſi Stichum 16. hoc titul. l. non utique. ff. de eo, quod certo loc. leg. cùm is. ff. de cõdict. indeb. l. ſtatuliberum. §. Stichum aut Pamphilum. ff. de lega. 2. Petr. Peck. poſt Dyn. ad c. in alternativis. de reg.*

de reg. jur. 6. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolu. cap. 11. num. 39. & 40. Quid verò hoc est aliud, quàm ut una ex alternativis res propter alteram in hanc stipulationem sit ducta? Quid differt à causâ finali? Una, quæ non datur, aut dari non potest, alteri causam præbet, ut detur: & unius solutio est alterius liberatio. Mutuam sibi solvendi liberandique causam præbent: nec tamen dici potest hæc causa *προκαταρκτικὴ*: multò minus *διαρετικὴ*, vel *ἀνάγκη*. Finalis igitur. Quod si finalis causa alterius altera ex alternativè promissis est, ut est, utique modum hæc promissio habet: cùm modus nihil propè aliud sit, quàm causa quædam finalis, causa propter quam quid detur. Deinde si stipuler à te *Stichum aut Pamphilum, utrum velim? d. l. si quis stipulatus 112. h. t.* quid aliud ago, quàm hoc ipsum, ut propter electum Stichum Pamphilus non debeatur: & propter Pamphilum repudiatum, Stichus solus debeatur? Quid si simpliciter stipuler? *decem aut Pamphilum?* ut ita electio tua sit, utrum dare malis. An non perinde est, ac si ita stipulatus sim, *ut propter Pamphilum non datum, solvas decem? ut propter Pamphilum datum libereris à decem?* † Atqui objeceris 201
l. si ita stipulatus 12. & l. si ita stipulatus 109. h. t. si ita stipulatus fuero, *decem aut quindecim?* decem tantùm debentur: perinde ac si stipulatus sim; *post annum aut biennium dare spondes?* vel *Kalendis Januariis, aut Februariis?* Hæc etsi alternativa est, non tamen una res alteri causam præbet, ut hæc potiùs quàm illa; & illa potiùs, quàm hæc debeatur: sed unica tantùm altera ilicò repudiata. Verùm distinguendum est inter disjunctionem, quæ fit & re & verbis; & disjunctionem, quæ verbis tantùm; re autem ipsa conjungitur: de illa hactenus; de hac *in dict. leg. 12. & d. l. 109.* quę

cùm propriè non sit alternativa promissio, sed ejusdem rei, cùm minor quantitas majori insit, *l.1. §.2. h. t.* meritò etiam regulis veræ disjunctionis nõ subji-
202 citur. Et hæc de modo. † Accessionis significatio in jure generalis est, & significat illud omne, quod alii alicui accedit. Donel. *lib.6.commen.cap.2.* sicuti capistrum equo. *l.1. §. quæ depositis. ff. depos. c. accessorium. de reg. jur.6. ubi latè Petr. Peck. l.5. ff. de fidejus. l.3. ff. de pecul. lega. l.4. ff. de penu lega. l.19. §. perveniamus. ff. de aur. argen. lega. l. si servum. §. nunc videamus. ff. h. t.* Eadem significa-
203 tione hîc etiam accipitur. † Nam inter contrahentes hoc sæpe agit, ut aut personæ, aut rei fiat accessio: *personæ*, (inquit Paulus) *cùm mihi aut Titio stipulor: rei, cùm mihi decem aut Titio hominem stipulor. d. l. obligationũ ferè 44. §. accessio verò. de action. & obligat.* Nam priore casu, *si mihi aut Titio decem dari?* stipulor, personæ meæ, in quam propriè concipitur stipulatio, adjungitur Titius, non ut illi quæsita sit aliqua obligatio ex hac promissione, sed ut tibi integrum sit aut mihi aut Titio solvere: *l. cùm quis 55. l. liber homo 98. §. fin. l. Julianus 131. §. 1. l. ult. §. si ita fuero. §. cùm mihi. h. t.* Cui etiam haud dissimilis ista est: *mihi & Titio fundum? decem dare spondes? l. cùm qui ita 56. in princip. & §. 1. l. si mihi 110. h. tit.* Posteriore casu, res rei accedit, ut possit Titio, hominem dando, se eximere à promissione decem, quę sola sunt in obligatione: homo verò Titio solvendus est in solutionis conditione, ut ex ea exceptionẽ acquirat, qua se defendat adversus stipulatorem: *l. fin.*
204 *§. cùm mihi. h. t.* † Sed & accessio personæ est, si decem à te, ut fidejussor accedat, stipulatus sim, *arg. l. 1. l. 7. ff. qui satisda. cogun. l.5. ff. de petit. hered. facit l. liberationis 47. cum ibi annot. de verbor. signif.* Quo casu persona accedit rei, i. obligationi principali. *l.3. l. hi qui 34. ff. de fi-*

dejus-

dejusso. §. fidejussores. Inst. eod. sic stipulando & vendendo convenire licet, ut fundo Stichus accedat. *l. si in emptione 34. de contrah. empt.* ut fructus accedant, *ut ancilla cum partu detur, l. hæc verba 73. de verbor. signific. l. 4. ff. de usur. l. in conventionalibus. §. fin. h. t.* cùm aliàs præter nudum corpus dominiique translationem nihil contineret, *L ubi autem 75. §. fin. l. si filius fam. 78. in fin. l. quicquid 99. h. t.*

XI. CONCLUSIO.

ETsi† commodissimum est, ita stipulationes cõponere, ut quæcunque specialiter comprehendi possint, contineantur: tamen cùm illud in tanta rerum varietate fieri non semper queat, justa ratio suadet, ut ad obscuritatis, ambigui, taciti, æquam interpretationem non minus, quàm in cæteris contractibus recurramus. 205

Prius illud Julianus monuit *in l. stipulationes 53. h. t.* cùm nihil adstringendæ obligationis dicatur esse, nisi quod palàm verbis exprimitur; reliquum verò omissum intelligatur. *l. quicquid 99. h. t.* Hoc posterius & necessitas & jura & exempla docuerunt, *ut in l. si ita 12. l. eum qui 41. d. l. quicquid. vers. ac ferè. l. Titia 134. §. idem respondit plerumq; §§. seqq. h. t. l. semper in stipulationibus. ff. de reg. jur. l. cùm quæritur 26. ff. de reb. dubiis. l. verbum 8. l. conjunctionem 29. l. verbum 37. l. liberationis 47. l. satisdationis 61. l. illa verba 68. l. seq. l. aliud est capere 71. §. i. l. hæc verba 73. l. quid aliud 86. l. qui uti 90. l. cum stipulamur 97. l. hæc verba 124. l. Nepos Proculo 125. l. seq. l. annuculus 132. l. seq. l. si ita à te 150. l. in usu 158. l. non tantum 169. l. aliud est 174. l. inter hæc 179. l. habere 188. l. seq. l. hæc adjectio 192. l. seq.*

L hæc stipulatio 200. l. inter illam 217. l. seq. l. in conventionibus 219. l. hæc enunciatio 232. l. duobus 237. l. cũ quærebatur 240. l. seq. l. ultim. ff. de verborum signific. l. omnes 10. l. seq. l. pen. l.

206 *ultim. C. hoc tit.* † Sicut enim in cæteris contractibus locus conventionis, personæ contrahentes, res, de qua convenit, rei qualitas, conditio, causa, cæteræque circumstantiæ modum interpretandi pro varietate suâ suadent, *l. Labeo 21. ff. de contrah. empt. l. semper in obscuris. l. in contrahenda 172. ff. de regul. jur. l. veteribus. ff. de pact. l. novissima. C. eod. d. l. cùm quæritur 26. ff. de reb. dub. l. 2. l. 3. l. non figura. l. in omnibus 57. l. fin. ff. de actio. & oblig. l. si non fuerint 29. ff. pro socio. l. vinum. in fin. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Sic & in stipulationibus, *l. in illa 8. l. si Titius 9. l. si ita 12. l. si rem 28. l. qui sic 47. l. cum stipulatus 76.*

207 *§. 1. l. quicquid 99. l. à Titio 108. h. t.* † Ideoque is ordo servandus est, qui in *l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur. & in l. 13. & l. 15. eod.* præscribitur, non solùm in emptione-venditione, locatione-conductione, permutatione, societate, mutuo, sed ẽt in stipulationib⁹, nẽpe ut primò consideremus verba, quid illa sonẽt: deinde quid actum sit, h. e. an verba & mens cõtrahentium conveniant nec ne; ut si evidenter mẽs diversa à verbis appareat, potiùs id sequamur, quod revera contrahentes voluerunt, quàm verbis impropriè aut malè conceptum est. *l. 3. l. 7. ff. de supell. leg. juncta l. scire oportet. §. si aliud. ff. de excusa. tutor. l. in venditione. ibi Dd. C. commun. prædio. l. cùm de lanionis. §. asinam. ff. de instrum. instruct. lega. Jason ad l. 7. §. prætor ait. num. 15. ff. de pact. Zas. consil. 12. num. 43. & seq. volum. 1. facit l. qui fundum. §. 1. ff. de contrah. empt. l. interdum 78. l. verbum 82. l. boves 89. §. 1. l. cùm stipulamur 97. dict. l. Nepos 125. l. seq. l. si ita 150. l. habere 188. l. hæc stipulatio 200. dict. l. in conventionibus 219. de verborum signific.* Quod si neque ex verbis,

neq;

neq; ex ipso gestu & tractatu habito appareat, quid actum sit, id sequemur, quod in ea regione frequenter per ejusmodi actum fieri solet, & in ea observatur. † Sicut enim hominis voluntas cum legis dis- 208
positione, tanquam suâ causâ finali convenire ac formari debet; *Jason ad l. post dotem. num. 33. vers. & concludit. ff. soluto matrimon. Bald. ad l. illa institutio. de hered. institut. per l. 1. C. de falsi. caus. adject. l. non dubium. C. de legib. Bart. ad l. demonstratio falsa. §. 1. num. 13. vers. tertiò quæro. de condit. & demonstr. l. nemo potest 55. ff. de legat. 1.* ita quoque se ad statuta & consuetudines locorum accommodare voluisse credendum est, *Jason ad dict. leg. post dotem. numer. 33. per l. quæro. §. inter locatorem. ff. loca. Bartol. ad l. heredes mei. §. cùm ita. ff. ad SC. Trebellia. l. omnes populi. ibi Bartol. de justit. & jur. Jason. ad l. 2. nu. 14. & seqq. C. si contra jus vel utilit. public. & in 1. lect. ad dict. l. omnes populi. num. 3. 5. 10.* Denique si nec regionis mos appareat, ad minimum res redigenda est, quo possit in tuto collocari, *dict. l. semper 34. ff. de reg. jur.* † Mini- 209
mum autem illud variè consideratur, modò ut minor summa, vel tempus longius eligatur, ut *in d. l. si ita 12. l. si ita 109. ff. h. t.* modò res minoris precii, ut *in l. legato 37. cum ibi nota. à Jason & Duar. post gloss. & Bartol. ff. de legat. 1.* quandoque etiam, ut in odium stipulatoris pro promissore interpretemur, quia legem apertiorem dicere potuisset, *dict. l. quicquid 99. h. t.* quod etiam cum emptione, cæterisque contractibus commune habet *d. l. Labeo 21. l. si in emptione. ff. de contrah. empt.* interdum ad minimum ejus, quod interest, redigitur. *l. fin. ff. de prætor. stipula. §. fin. Institut. h. t.* non rarò etiam adeò ad minimum redigitur, ut potiùs nihil contractum dicamus, quia aliter in tuto res collocari nequeat. *dict. l. cùm quæritur 26. ff. de reb. dub.* cum pro-

niores simus ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de action. & oblig.* Sed cùm de modo & vario interpretandi genere prolixè ad Rubric. & passim in toto titulo de verborum significatione, præsertim verò in locis suprà citatis, egerim & ibidem ostenderim, regulam *in d. l. quicquid 99. h. tit.* non esse propriam stipulationum, sed omnibus contractibus communem, *juxta d. l. semper stipulationibus 34. ff. de regul. jur.* plura hìc repetere non placet. Hoc tantùm addo: hanc interpretationem non tam facere contrahentes, nisi in continenti, quàm judices juxta officii sui rationem; de quo *in tit. Instit. de offic. jud.* ut mirum videri possit, cur quidam interpretes differentiam bonæfidei & stricti juris contractuum in eo requirere audeant, ac si bonæfidei contractus solos posset judex pro officio suo, non etiam strictos interpretari. Sed de eâ re, Deo dante, aliquando prolixiùs alio loco.

DE EFFECTU STIPULATIONIS.

CAPUT IX.

HACTENUS ergo de contrahenda ritè rectéque stipulatione; atque ita *primam* hujus tractatus *partem* absolvimus: restat nunc videre *de parte secunda*, quæ est *de stipulatione committenda*; quomodo nimirum ex ea aliquid incipiat deberi, & in eâ causâ esse ut peti possit. De hoc igitur effectu, quis ille, qualis ac quantus sit, & quousq; duret, deinceps dispiciemus.

SUM-

SUMMÆ.

1 Oritur ex hoc contractu verborum obligatio.
2 Qualis effectus, talis causa: & contrà.
3 Oritur non aliter, quàm commissâ stipulatione.
4 Committitur statim, aut ex post facto.
5 Incivile est statim cum facco adesse.
6 Duæ stipulationes sunt, si quid fieri convenit, aut sub pœna quid dari.
7 Declaratio.
8 Dandi stipulatio non committitur, nisi semel.
9 Ex post-facto committuntur stipulationes conditionales, & pœnales, & quæ factum continent.
10 Qui non facit, quod facere debet, fecisse videtur, quod facere non debuit.
11 Qui in causa est, ut conditio non existat, quoad illum, pro completa habetur, si de alterius commodo quæratur.
12 Extenditur idem ad eum, in cujus persona conditio debet impleri.
13 Hac obligatione adstringimur ad dandum faciendúmve id, quod convenit.
14 Persona obligatur persona, nec tamen propterea est jus personarum.
15 Obligatio est contractuum effectus: ideóq; ad res refertur, itemq; ad modos acquirendi.
16 Ad dandum, non etiam ad faciendum præcisè obligamur.
17 In obligatione dandi aliud non est, quàm dare: nec ideo aliud in solutione vel petitione.
18 Exceptis paucis casibus.
19 Natura actionis de præscriptis verbis.
20 Propter difficultatem præstationis pervenitur ad æstimationem.
21 An ad factum quis præcisè obligetur est controversum: & qui affirmativum secuti, ut communem.
22 Potentior est obligatio hominis expressa quàm legis tacita.
23 Facti obligationes à lege inducta præcisè obligant ad faciendum.
24 Mora non erit impunita, ideo nec reo electio danda.
25 Aliud pro alio invito non solvitur.

26 *Quomodo accipiant l. 54 §. operarum. h. t.*

27 *Quidam distinguunt inter factum grave & leve.*

28 *Non ex facti difficultate, sed potestate promissoris hanc gravitatem & levitatem ponderat.*

29 *Maritus & uxor coguntur ut simul habitent. Praecisè cogi venditorem ad tradendum.*

30 *Negativa frequentius placuit.*

31 *Universalis affirmatio nihil excludit.*

32 *Declaratio l. 81. h. t.*

33 *Factum alienum inutiliter promittitur sine pœna adjectione.*

34 *Qui alium sistere promittit, se curaturum censetur promittere.*

35 *Contineri quid dicatur.*

36 *Faciendi stipulatio continet in se etiam id, quod interest.*

37 *Praetoria possunt alieno & procuratorio nomine contrahi, nõ etiam conventionales.*

38 *Ratio cur hoc in praetoriis sit receptum.*

39 *Alia confirmatio negativa.*

40 *Satisdare quid sit.*

41 *Facti obligationi succedit obligatio in id, quod interest.*

42 *Verbum, Oportet, injungit necessitatem.*

43 *An factum & id, quod interest, ita simul debeatur, ut possit utrumque peti.*

44 *Factum versatur in conditione solutionis & committendæ pœnæ, vel ejus, quod interest.*

45 *At non datur actori electio, utrum factum, aut id, quod interest, petere malit.*

46 *Ex omni facti stipulatione propè est condictio incerti.*

47 *Quomodo agam ex vendito, ut reficias.*

48 *Petitur eo casu, ut as debitum, non ut praecisè praestetur factum.*

49 *Nemo sine actione agit.*

50 *Refutatio affirmativæ, & ratio negativa.*

51 *Alia diversitatis ratio in obligatione dandi & faciendi.*

52 *Si intra tempus debitum non faciat reus id, quod debet, elegisse videtur, ut in id, quod interest, teneatur.*

53 *Pretium rei loco, an, quando & quomodo succedat.*

54 *Speciale est, quòd heres tenetur opus Reipubl. facere, nec liberatur dando pecuniam.*

55 Testa-

55 Testatoris voluntas est specificè adimplenda.
56 Consider. l. 28. de donat.
57 Quid sit creditoribus satisfacere.
58 Satisfactio, quomodo sit pro solutione.
59 Rursum consider. l. 54. §. operarum. h. t.
60 Consid. l. qui restituere. de rei vindic.
61 In rei vindicationem quid veniat.
62 Restituere quid diversis in locis significet.
63 Cur nequeat liberari uxor à marito, si offeratur id, quod interest, quin adhuc cogantur cohabitare.
64 Officium procuratoris.
65 Venditor præcisè non cogitur tradere, si malit illud, quod interest emptoris solvere, ut Johannes voluit.
66 Si non tradiderit, quanti interest fit condemnatio, non ut præcisè rem tradat: nequaetiam ut utrumque, & res & id quod interest præstetur.
67 Interesse intelligitur totale: nec admittitur distinctio, utrum venditor rem habeat, nec ne.
68 Procaciâ venditoris non fieri, quid sit in l. 4. C. de actio. emt. ubi Martini sententia rejicitur.
69 Commissa faciendi stipulatione, propriè non fit novatio.
70 Casus quidam excipiunt Dd. huc non admodum spectantes: veluti ut quis tormentis vel jurejurando cogatur omnimodò verum dicere.
71 Scandalum est potius committendum, quàm veritatem opprimere. Ibid. veritas reliquarum exceptionum examinatur.
72 Electa persona industria an præcisè ad faciendum obliget.
73 Imò non teneri præcisè evincitur generalitate l. 4. h. t.
74 Opera fabriles ut plurimum sunt artificiales; nec tamen præcisè præstanda.
75 An fallat in eo, qui jurejurando quid facere promisit: controversum videtur, & quare.
76 Juramentum intelligitur secundùm actum, cui apponitur.
77 Cogi omnimodo periculo perjurii magis receptum est, potissimum autoritate Juris Canonici & divini.
78 Non obstare ea, quæ ex jure civili videbantur dubium facere.
79 Quomodo hoc verum sit, juramentum intelligi secundùm actum, cui apponitur.

80 *Renunciationes jurata intelliguntur rebus ita stantibus.*

81 *Promissores correi & fidejussores in solidum obligantur.*

82 *Correi non sunt, qui ab initio pro diviso promiserunt.*

83 *Potest stipulator à singulis petere pro virili, si velit.*

84 *Consider. l. 7 §. idem ait si duos ff. de SCto Macedo.*

85 *Exceptio SCti Macedoniani prodest quoq; fidejussori.*

86 *Malè Bartol. correorum obligationem ab initio esse divisam, dixit.*

87 *Nec duorum sociorum correorum obligatio per partes est divisa.*

88 *Quantum sit in bonis.*

89 *Invito stipulatori nequeunt rei obligationis conditionem mutare.*

90 *Nec pacto in continenti adjecto.*

91 *Eadem ratio est confidejussorum, quæ correorum.*

92 *Purè promissum statim exigi potest.*

93 *Ordo excussionis vetere jure non datur, nisi quis sit fidejussor indemnitatis.*

94 *Et hoc ita est, ex natura stipulationis.*

95 *Sed novo jure fidejussor habet beneficium ordinis, sive excussionis.*

96 *Ortum ex præsumpta mente.*

97 *Nisi ei renunciatum sit beneficio.*

98 *Nisi fidejussor judicii causa acceptus.*

99 *Nisi in criminali causa fidejussisset.*

100 *Nisi pro eo, qui ad faciendum tenetur, promisisset.*

101 *Nisi ob mendacium se indignum hoc beneficio reddidisset.*

102 *Pœna negantis nunquam locum habet, nisi dolus arguatur.*

103 *Quando opponenda sit hæc exceptio.*

104 *Exceptio plus petitionis etiam post litem contestatam auditur.*

105 *Indemnitatis fidejussor potuit opponere exceptionem etiam lite contestata.*

106 *Fidejussor unus vel duo ex pluribus conventi possunt etiam uti exceptione divisionis ex epistola D. Hadriani.*

107 *Æquitate hæc nititur exceptio.*

108 *Solvendo esse oportet cæteros litis contestatæ tempore.*

109 *Si de-*

109 *Si dubitetur, an quis solvendo, periculo asserentis confidejussoris excutiuntur ejus bona.*

110 *Fidejussoribus tutorum non dividunt nisi ex persona eorum, pro quibus fidejusserunt.*

111 *Nec duorum reorum fidejussores.*

112 *Mendaces convicti, non gaudent hoc privilegio.*

113 *Potest huic etiam renunciari.*

114 *Potest etiam postulare, ut sibi priùs quàm solvat actiones cedantur.*

115 *Sine cessis actionibus non aget cum confidejussoribus.*

116 *Diversum in tutoribus.*

117 *Cogitur, officio judicis nobili, vel ope exceptionis creditor, cui paratus est fidejussor, solvere: aliàs ab invito non potest postulare.*

118 *Utrùm ex post-facto possint actiones fidejussori cedi.*

119 *Consid. l. 28 Manda. & num. 123.*

120 *Solutio liberat per quemcunque facta.*

121 *Consid. l. 36. de fidejusso. & num. 123.*

122 *Duo ablativi absoluti, etiam prateriti temporis, verificantur de presenti.*

124 *Ubi eadem ratio, jus idem erit.*

126 *Consid. l. 17. de fidejusso.*

127 *Correi debendi, etsi non gaudent beneficio ordinis, utuntur tamen exceptione divisionis & cedendarum actionum.*

128 *Dissentiunt quidam, quoad ordinis beneficium, quod aquè competere contendunt.*

129 *Mitigatio quadam ejus sententia.*

130 *Quod mihi prodest, nec tibi nocet, humanitatis causa admittetur.*

131 *Divisionis quoque beneficio non gaudere multi contendunt.*

132 *Creditorum jus facto debitorum non debet fieri deterius.*

133 *Novella 99 non de fidejussoribus mutua vice fidejubentibus tantùm, sed de correis debendi lata est.*

134 *De beneficio cedendarum actionum minùs dubitatur.*

135 *Correi solventes habent etiam utiles actiones absque cessione.*

136 *Res eadem sapius eidem promissa non nisi semel debetur.*

137 *An bis de eadem re obligatus sit.*

138 *An propterea sit novatio agnoscenda, vel potius repetitio obligationis.*

139 *Firmior infirmiori accedit.*

140 *Consid. l. 34. §. sed si non corpus. de lega. 1.*

141 *Legata & stipulationes pari passu ambulant.*

142 *Extendenda est hæc conclusio etiam ad quantitatem: & cur non refragetur d. §. sed si non corpus.*

143 *Utrùm heredi vel legatario incumbat probatio, si quæstio sit, an repetitum potiùs, quàm duplicatum sit legatum.*

144 *Multiplicandæ stipulationis gratia an intelligatur sæpius iterata.*

145 *Et promissores & heredes bonorumq; possessores sunt ex stipulatione obligati.*

146 *Semel contracta est perpetua, hereditatem creditoris auget, debitoris minuit.*

147 *Facti stipulationes olim non, hodie heredem obligant, & quare.*

148 *Invito non solvitur aliud pro alio: nec invitus videri potest, qui à promissoris herede cupit factum præstari.*

149 *Pœna facti stipulationi subdita committitur etiam in heredes.*

150 *Ratio à Justiniano assignata est apta.*

151 *Nisi aliud convenisset.*

152 *Vox taxativa, utrum impediat ad heredem vel in heredem obligationem transire.*

153 *Non excludit personas conjunctas.*

154 *Nec casus similes.*

155 *Qui contrarium defendant: & quare.*

156 *Qui de se promittit, intelligitur etiam de herede suo promisisse: ut & qui stipulatus est sibi.*

157 *Taxativum excludere similes personas.*

158 *Personalia pacta neq; ad heredes, neque in heredes transeunt.*

159 *Si ad unum perveniat feudum, is etiam solus jurat fidelitatem.*

160 *Utri sententiæ subscribendum.*

161 *Officium judicantis cuncta debet rimari.*

162 *Judex non supplet ea, quæ facti, sed quæ juris.*

163 *Mens inspicienda.*

164 *Non facilè intelligitur pactum personale convenisse.*
165 *Consid. l. non solùm. §. talis. ff. de liberat. lega.*
166 *Consid. c. omnes. si de feud. defunct. conten.*
167 *Stipulatio qualibet ad heredes transmittitur, licet in legato socius quandoq; sit.*
168 *De differentia rationes certant Dd.*
169 *In stipulationibus inspicimus tempus contractus.*
170 *Rei mea stipulatio conditionalis valet.*
171 *Res medio tempore perempta perit stipulatori.*
172 *Novatio stipulationis conditionalis non existit, priusquam conditio existat.*
173 *Ratio diversitatis, secundùm Donellum.*
174 *Utramque rationem rectè conjungi, neque inter se pugnare.*
175 *Distincta sunt quæstiones, una de viribus stipulationis, altera de acquisitione.*
176 *Manifesta ratio diversitatis in legatis.*
177 *Consider. l. qui Romæ 122. §. Agerius. h. t.*
178 *Si, pro, quia.*
179 *Quæ videatur mens Scævolæ.*
180 *Sententiam Bartoli rejicit Jason, ita tamen, ut asserat Agerii promissionem esse conditionalem, quod Alciat. & alii negant.*
181 *Quibus utantur argumentis.*
182 *Implementum conditionis transmitti, & quod cum herede factum, videri cum defuncto actum.*
183 *Horum interpretatio.*
184 *Verbis Scævolæ non convenit.*
185 *Mutata persona possidentis, mutatur rei qualitas possessa.*
186 *Personalia ad heredes non transeunt.*
187 *Factum à defuncto est perinde ac si ab herede esset factum, at non contrà semper.*
188 *Conditio si qua hic esset, non inesset obligationi, sed solutioni.*
189 *Duæ sunt opiniones, quæ tutò hic eligi possunt.*
190 *Remotio contrariorum.*
191 *Magis est, ut, Si, pro quia, accipiamus.*
192 *Expositio secundùm Emanu. Soarez.*
193 *Conditio casualis, non etiam potestativa transmittitur.*
194 *Merè potestativa cohæret personæ.*

195 *Consider. l. veteris. C. h. t.*

196 *Quid si pure stipulationi subdita sit pœnalis.*

197 *Ut promissorum heredes obligantur, ita obligatio acquisita ad heredes transmittitur.*

198 *Si dividua sit stipulatio, heredes heredibus in viriles pro hereditaria portione obligantur.*

199 *Ex persona heredis natura obligationis non mutatur.*

200 *Lex XII. Tabul. inter heredes nomina ipso jure dividit.*

201 *Exemplis declaratur conclusio.*

202 *Electio in alternativis, facit ut dividi non possit solutio.*

203 *Exemplum, in quo convenit divisio per numerum & per partes pro indivisa.*

204 *Hominis promissio potest pro parte tolli per acceptilationem.*

205 *Quid si unus ex heredibus pro parte sua condemnatus solverit.*

206 *Ille sensus in ambiguo amplectendus, qui vitio caret: & utrum rectè exaudiant. d. l. 2. § si tamen. h. tit. agito & suecubuero.*

207 *Coactus partem petere non potest videri petendo dividere obligationem.*

208 *Nec qui litem contestatur, videtur divisisse obligationem; cum sit necessaria quasi quædam novatio.*

209 *Nec diversa est ratio sententiæ condemnatoriæ.*

210 *Alia quorundam sententia, qui credunt statim liberari, nec aliorum in eadem re solutionem expectari.*

211 *Communi opinioni standum.*

212 *Decisio litis ipsi litis est accommodanda.*

213 *Exceptio solutionis ita demum excludit actionem, si integrè satisfactum sit.*

214 *Adversus exceptionem rei judicatæ, aliquo casu replicare licet de dolo, vel in factum.*

215 *Ob divisam obligationem censetur alia atque alia res in judicium deducta.*

216 *Liberatio quando contingat.*

217 *Servitutum causâ heredes singuli in solidum tenentur.*

218 *Quomodo heres solidam servitutem præstat.*

219 *Nec de servitute heredes stipulatoris pro parte agere possunt.*

220 *Ex facti stipulatione dividua pro parte singuli tenentur heredes.*

221 *Si sit individuum, secus: ut tamen id quod interest, vel pœna inter eos sit divisa: quia est dividua.*

I. CONCLUSIO.

ORitur † ex hoc contractu verborum obligatio. 1

§. 1. ibi Accurs. Angel. & cæteri interpp. Instit. h. tit. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. versic. superest. versic. plerunque. h. t. l. 2. §. ultim. ff. de reb. cred. si cert. pet. at. l. 1. §. item si quid tuo. ff. de server. stipulat. l. 3. C. de inutil. stipulat. Cujac. Donell. Æmil. Ferre. num. 2. ad Rubric. h. tit. per l. 1. §. verbis. l. obligamur 52. ff. de action. & obligat. † Qualis enim causa, talis effectus: & potentia effectus ut arguit potentiam causæ, ita vicissim potentia causę arguit potentiam effectus. *l. rem non novam. in fin. C. de judic. Eberhar. in loc. ab effect.* Causa autem hujus obligationis, *stipulatio* scilicet, verbis constat: ex verborum conceptione substantiam capit: ut capite 1. videre est: Verborum igitur producat obligationem necesse est: quippe hoc etiam fine contrahebatur, ut suprà de fine stipulationis. Sic etiam contractus, qui re fiunt, cujusmodi est mutuum, item depositum, commodatum, pignus; negotii gestio, &c. rerum obligationem producunt, quia re talis obligatio contrahitur. *tit. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. §. 1. & seq. ff. de action. & oblig.* Qui consensu contrahuntur, ut est emptio & venditio, locatio & conductio, societas &c. obligationem ex consensu generant. *tit. Instit. de oblig. ex consens. l. 2. l. 3. ff. de action. & obliga.* & literis contracta, obligatio literarum dicitur: *tit. Instit. de literar. obligat.* 2

II. CONCLUSIO.

3 *ORitur † autem non aliter quàm commissâ stipulatione.*

§. omnis. & seqq. §. non solùm Instit. h. tit. l. ultim. ff. de lege commisso. l. pen. ff. rem pupilli salv. for. l. 2. in fin. l. 3. l. 4. l. stipulatio ista 38. in princ. & §. 1. §. si quis forte. §. seq. §. hi qui. §. alteri. l. eum qui 41. §. 1. l. centesimis 46. l. quotiens 59. l. si ita quis 63. l. seq. l. stipulationes non dividuntur 72. §. si quis ita. §. fin. l. seq. l. ad diem 77. l. quotiens 81. l. sequent. §. 1. l. si insulam 84. l. mora 88. l. si servum 91. l. existimo 98. §. ex hac. leg. conditio 100. l. stipulatus sum 105. leg. à Titio 108. l. sequent. l. si stipulatus 111. leg. sequent. l. cùm stipulatus 113. l. seq. l. ita stipulatus 115. in princip. & §. 1. §. 2. l. ex ea 121. l. insulam 124. hoc titul. l. nuda. versic. verum. l. magnam. Codic. hoc titul. Joha. Sichard. ad Rubric. Codic. hoc titul. num. 12. & sequentib. Johan. Robert. 1. animad. 16. Anton. Faber 3. conject. 7. Donell. ad leg. 4. §. Cato. h. t. l. cedere diem. ibi Dd. ff. de verborum signif.

4 † Committitur autem aut statim, aut ex post-facto. Statim, dum contrahendo perficitur, committitur stipulatio pura, itemq; in die concepta. *d. l. cedere diem. cum ibi nota. de verb. signif.* cùm deberi incipiat id, quod promissum est. *d. §. omnis. & seqq. Instit. h. t. l. in omnibus. ff. de reg. jur. l. eum qui 41. §. quotiens. h. tit.* etiamsi cum aliquo temperamento temporis sive cum morâ petendum, quæ vel ex ipsa re, vel die aut loco, vel honestate proficiscitur. *l. interdum. dict. l. eum qui 41. §. quotiens. l. qui hoc anno 42. l. centesimis 46. l. seq. l. si insulam 84. l. existimo 98. §. 1. l. continuus. §. cùm ita. §§. sequentib. h. t.*

5 *l. quod certa 70. ff. de solution.* † Cùm valde sit incivile, statim cum facco creditorem adesse. *l. quod dicimus 105. ff. de solution.* Nec ad rem facit, si suâ die res non detur, aut quid non fiat; tum committi stipulationem

nem aut in id quod interest, aut pœnalem, si qua subdita sit. † Nam posteriore casu revera duæ sunt 6
stipulationes, una dandi faciendíve, altera pœnæ; quarum illa quidem statim commissa est, ut solvi debeat, quod promissum est: altera verò diei eventu, non simpliciter, sed ex conditione ejus, quod dari fieríve debuit, nec datum factúmve est, committitur, ut *ex l. trajectitia. ff. de action. & obligat. l. magnam 12. Cod. h. tit. l. 5. §. fin. l. 8. l. si pœnam 68. l. cum quid 71. h. tit. aliisq; similibus.* constat. † Priore, si in id quod interest 7
committatur, una quidem stipulatio, facti nimirum est; sed quo ad conceptionem verborum, re ipsa tamen inerat hæc tacita conditio, *nisi intra istum diem feceris id, quod mea interest, dabis. dict. l. trajectitiæ. l. penult. §. 1. l. & si post tres. ff. si quis caution. judic. sistend. l. fin. ff. si quis in jus voca. non ier.* imò factum illud revera fuit in conditione solutionis: id verò quod interest ob moram contra contractus legem factam, stipulationis lege cõmittebatur, hoc est, deberi incipiebat. † Dan- 8
di itaque stipulatio eaque sola in diem concepta, nihilominus statim commissa dicetur, nec amplius ex eventu diei committitur: sed petendi potestatem tandem ex diei eventu facit; quoniam suâ die solutum non sit. *dict. §. omnis. & seqq. Instit. h. tit. dict. l. cedere diem. de verb. signific. cum annota.* † Ex post-facto igitur 9
stipulationes committuntur conditionales itemq; pœnales, & quæ factum continent, si id secutum nõ sit, *per dict. l. cedere diem. de verb. signific. l. si ita 63. l. seq. l. si pœnam 68. l. cum quid 71. l. seq. l. cùm stipulatio 90. l. quicquid 99. §. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius. dict. l. in illa 8. l. veluti 27. §. 1. l. conditio 100. l. à Titio 108. hoc tit. §. sub conditione. Instit. h. tit. l. obligationum 44. ff. de action. & obligat. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. §. fin. l. si ita 14. l. seq. l. stipulatio ista 38. in princip. §. 1. 2. 3. 4. l.*

cùm filiusfam. 49. §. 1. & 2. l. seq. l. inter 38. l. si insulam 84. l. si
10 *ita 92. l. seq. l. existimo 98. §. 1. l. insulam 124. h. tit.*† Nam qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quæ fieri promisit: & qui facit quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere debuit. *l. qui non facit 121. de reg. jur. l. 2. l. 3. l. 4. h. t.* & per cõsequẽs in id, quod interest, committetur stipulatio. *d. l. 2. & seqq. l. si ita 14. l. seq. l. stipulatio ista 38. in princip. §. 1. & seqq. l. cum filiusfam. 49. §. 1. & 2. l. seq. l. si ita 63. l. seq. l. si pœnam 68. l. cùm quid 71. l. seq. §. 1. & 2. l. inter stipulantem 83. l. seq. l. cùm stipulatio 90. l. seq. d. l. existimo 98. §. 1. l. seq. §. 1. l. insulam 124 leg. qui Romæ. §. Agerius. l. continuus. §. item qui insulam. h. tit. d. §. sub conditione. §. non solùm. §. fin. Instit. h. tit.* Quò pertinent tam illa, quæ de die & conditione *in cap. proximo*; quàm quæ de dandi & faciendi
11 stipulationibus disputata sunt suprà *cap. 6.*† Ubi obiter hoc addendum est: quicunque sub conditione obligatus curaverit, ne conditio existeret, nihilominus obligari. *l. in executione 85. §. fin. hoc tit. l. in jure civili 161. de regul. juris. Cujus interest*, inquit Ulpianus, *conditionem non impleri, si per eum fiat, quò minùs impleatur perinde haberi, ac si impleta conditio esset.* Notanter dicit, *conditionem non impleri*, ut oste̅dat, secus esse in eo, cujus interest eam impleri, ut si stipulator eam impediret: tum sanè pro impleta non habeatur. Eoq; sensu accipitur, quod *in l. in omnibus 39. de reg. jur.* Pomponius dixit, *pro facto accipi id, in quo per alium mora fit, quò minùs fiat.* Per alium scil. cujus non interest fieri. Huc pertinet etiam *l. 5. ff. quando dies lega. & l. Julius 81. l. cùm*
12 *pupillus 78. ff. de condit. & demonst.*† Quod etiam ad eum extendendum est, in cujus personâ conditio impleri deberet: veluti, *Stichum dare spondes, si Titio decem dedero?* Et per Titium stet quò minùs conditio impleatur:

tur: tum sanè etiam pro impleta haberi debet, quia per stipulatorem non stat, qui paratus est decem dare, eosque offert, *per l.3. l.si quis testamento 11. l.mulier. ff. de condit. instit. l.1. Cod. de instit. & subst. l.5. §.1. ff. quand. dies lega. l. cùm ita 94. l. pen. ff. de condit. & demonstr. l. legatum. Cod. de condit. inser.*

III. CONCLUSIO.

Qua † *obligatione adstringimur ad dandum faciendumq; id, quod convenit.* 13

§.1. ibi gloß. & cæteri Interpp. Instit. h.t. l.5. §.1. l. scire 29. l. stipulatio ista 38. l. in illa 50. l. in stipulationibus 54. l. si pœnam 68. l. cùm quid 71. l. seq. l. stipulationum 74. & l. seq. l. cùm quid 125. h.tit. l.1. §. verbis. ff. de actio. & oblig. Hoc enim commune habet hæc obligatio cum qualibet alia, definita *in §.1. Instit. de obligatio.* ut etiam *cap.1.* monui. † Et certè persona obligatur personæ, non quòd propterea obligatio nõ sit jus rerum, sed jus potiùs personarum: verùm quòd propter personale vinculum persona sit obstricta, *dict. §.1.* quippe *aliquid dare facere* hæc persona promisit: & propter hoc adjunctũ personæ isti extrinsecus adhærens vel accedens, *personalis obligatio & personale*, non etiam *personarum* jus dicitur. † Et quia obligatio, effectus est contractus, pro cujusque contractus formâ & fine, seu officio: ita quoque non minùs quàm contractus, refertur inter res, & quidem incorporales, cùm in jure consistat. *§. 2. Inst. de reb. corpor. & incorpor.* & ad modos acquirendi, *§. fi. Inst. de usu & habit.* Et meritò: Obligatio enim creditoris bona auget, debitoris minuit, *leg. bonorum 49. cum ibi nota. de verbo. signific.* cùm res sit in patrimonio existens. *d. §.2. Inst. de reb. corpor. & incorpor.* At quate- 14 15

nus obligatio, ut causa efficiens actionis, consideratur, quia ex obligatione oritur actio, *l. licet. §. ea. ff. de procurat. l. actionum 25. vers. in personam. ff. de action. & obligat. l. 1. ff. eod. glos. & Interpp. ad §. 1. Instit. de obliga. Alciat. ad l. Labeo 19. verb. obligationem. vers. contractum. ff. de verb. signific.* utique modus & causa est acquirendi; sicut & liberare ab obligatione obligatum. *l. species 11. ff. de acceptilatio.*

IIII. CONCLUSIO.

16 *ET si † verò ex stipulatione dandi præcisè ad dandum obligamur; ex faciendi tamen stipulatione non item; sed si non fiat id, quod convenit, in id quod interest, obligatus exigetur.*

Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 10. num. 22. l. ubi autem 75. in fin. ibi Interpp. l. 2. l. stipulatio ista 38. l. stipulationes non 72. ubi Jas. num. 22. post Bartol. hoc tit. Mynsing. ad §. non solum. num. 2. & 3. Instit. h. tit. l. si quis 13. ubi Duaren. Bartol. Jas. ff. de re judic. Bart. ad l. unic. quæst. 4. Cod. de sent. quæ pro

17 *eo, quod interest.* † De priore hujus cõclusionis membro nulla lis est: cùm aliud non sit in obligatione, quàm ut detur id, de quo convenit; ideoque nec aliud in solutione, vel petitione esse potest tacitè vel expressè: *l. ubi autem 75. §. fin. ibi Dd. omnes ferè. h. tit. l. 2. ibi glos. & alii. ff. h. tit. §. 1. Instit. quib. mod. oblig. tolli. l. prout quidque 80. ff. de solutio. l. liberationis. l. solutum. de verb. sign. l. 2. §. 1. vers. nam in cæteris. ibi glos. Zas. Alciat. Bart. Donell.*

18 *& alii. ff. de reb. cred. si cert. petat.* † Paucis casibus exceptis, de quibus Jason *in dict. leg. stipulationes non 72. nu. 23. hoc ti.* nempe si contractus sit innominatus, do ut des, vel facio ut des &c. *l. naturalis. §. 1. de præscript. verb.*

19 *l. 1. in fin. ff. de rer. permuta. l. cum precibus. Cod. eod.* † Nam

hæc

hæc actionis de præscriptis verbis natura est, ut potius id, quod interest, persequatur, & ejus metu ad cõplementum urgeat, quàm dari præcisè intendat. Secundò excipitur, si quis alii daturum promiserit: quia factum potius promississe censetur, quàm dationem. *l. liber homo 118. §. fin. h. tit. §. alteri. Instit. de inutil. stipulat.* † Tertiò propter difficultatem præstationis pervenitur ad id, quod interest. *l. si filiofam. 23. l. illud 37. §. 1. l. si is cui 39. ff. de mort. caus. donat. l. si quis in gravi. §. si ex stipulatu. ff. de SC. Syllanian. l. si non sortem. §. libertus. l. in summa. §. in frumento. §. si servus. ff. de condict. indeb. l. si cùm servum 23. ff. de reb. cred. si cert. pet at.* † At de posteriore membro hujus conclusionis contrariæ interpp. extant opiniones. Nam ex veteribus Martinus glossator *ad leg. 2. §. item si in facto.* & ex neotericis. ibid. Cujac. ac idem Cujac. *ad l. 72. hoc tit.* & Johan. Coras. *lib. 2. Miscellan. cap. 3.* Arius Pinelus *ad leg. 1. part. 3. nu. 25. Cod. de bon. matern.* in ea & quidem vulgo recepta, teste Pinelo, sunt sententia, non minus ad factum, quàm ad dandum, quem ex stipulatione præcisè obligari: nec differentiam esse inter utramque admittendam, modò implementum facti illius sit in potestate ejus, qui promisit. Nullam enim diversitatis rationem bonam dari posse existimant, cur aliud in faciendi, quàm dandi obligatione observari debeat. Quatuor quidem enumerat Bartol. *in dict. leg. stipulationes non. num. 13. & in dict. leg. unic. Cod. de sent. quæ pro eo, quod interest. in 4. quæst.* Sed tres earum à Jasone *in dict. l. stipulationes non. num. 22.* & ipso Bartolo *d. num. 13.* repudiantur, & quam ille retinet, æquè reprehensionem incurrit, secundùm Coras. & alios. Deinde *in l. fideicommissa 11. §. fin. ff. de legat. 3.* hæc tractatur quæstio, utrum heres, qui jussus erat opus suo sumptu facere;

20 21 22

puta, *curiam ædificare*, vel *ludos latinos facere*; si paratus sit pecuniam Reipubl. dare, ut ipsa faciat, audiendus & absolvendus nec ne? & ex Divi Marci rescripto Ulpian. consultus respondet, *cùm testator per ipsum heredem hoc opus fieri voluerit, non audiri*, & ita præcisè ad opus faciendum cogi. Quod si is, qui alterius, nempe testantis voluntate ad factum obligatus est, tam præcisè cogitur: quantò magis, qui suo se ore proprio ad factum obligavit, *argumento §. versa vice. Institut. de inutil. stipulat.* sive restitui, *leg. 3. §. heres. ff.*
22 *commod.* sive tradi, *l. ex empto. ff. de action. empt.* † Rursum potentiorem esse obligationem ab homine expressis verbis constitutam, quàm tacitè à lege constitutam, Eberhard. à Middelb. *in loc. legali 27. ab expresso ad tacitum num. 10. & sequentib. & 19.* probat; cùm expressa hominis prævisio faciat cessare legis provisionem; non contrà: *l. 3. ibi Dd. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. fin. Cod. de pact. int. empto. & vend. l. unic. §. in primo. §. pro secundo. Cod. de caduc. tollen. Eberhard. à Middelb. d. loc. 27.*
23 *num. 20. & 21.* † In facti autem obligationibus tacitè à lege inductis ita esse, ut quis præcisè compellatur factum præstare: veluti *in leg. hereditatem 28. ff. de donationib.* ubi sui juris filia, cui pater hereditatem sibi relictam donavit, legis inductione tenetur creditoribus hereditariis satisfacere, & ad id cogitur per actionem præscriptis verbis. Cogetur ergo multò vehementiùs si factum ipsamet promisisset, *per leg. fin. Codic. de pact. convent. tam super.* Præterea multum interesse, factum an à promissore, vel quo alio impleatur: quando inter artifices longa sit differentia. *l. inter artifices. ff. de solution. leg. nemo est, qui. ff. de duobus reis.* Quod ergo per alium non debet, neque æquè bene
24 expediri potest, præcisè præstandum est. † Quintò

moram

moram & frustrationem non facientis impunitam esse non oportet, *l. in fideicommissi. §. fin. ff. de usur. leg. si quis ab alio. §. fin. ff. de re judic.* nihilque commodi adferre debet reo, ne ex morâ & delicto suo commodum sentiat: Ideo optionem non esse dandam reo, utrum factum, an id, quod interest, præstare malit; alioquin esset in ejus arbitrio; utrum & quomodo obligatus esse velit, contrà quàm traditum est *in leg. sub hac conditione 8. ff. de action. & obligat. l. centesimis 46. in fin. l. à Titio 108. §. fin. hoc tit.* Sed cùm illud in gratiam creditoris sive stipulatoris introductum intelligatur, in ejus quoque arbitrio consistere; utrum debitorem ad factum urgere, si implementum in ejus sit potestate, an verò quanti ea res est vel interest, tantam pecuniam petere malit, *per leg. stipulatio. §. sive autem. ff. de novi oper. nuncia.* coque sensu accipiendam esse *l. si quis ab alio 13. §. fin. ff. de re judic.* contendunt qui Martinum secuti, † Cujus rei rationem quoque 25
illam sexto loco adferunt, quòd aliud pro alio, invito creditori solvi non potest, *l. 2. §. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet at.* nisi in casu necessitatis. *l. vinum. eod. auth. hoc nisi debitor. Cod. de solution.* † Non obstare septimò pu- 26
tant, quòd *in leg. in stipulationibus 54. §. operarum. hoc tit.* respõsum est à Juliano, in electione liberti esse, tanquam debitoris, vel factum vel æstimationem operæ præstare: quia communis duorum patronorum servus ab eodẽ liberto operas stipulatus erat, & præstationis difficultatem adferebat patronorum dissensus; qui si consensissent, præcisè fuisset coactus operas solvere, nec æstimationis oblatione se liberaret: in quam etiam sententiam præter Corasi. *d. cap. 3. lib. 2. Miscell. num. 6.* inclinat Johan. Andr. *in addit. ad Speculato. tit. de reb. eccles. non alien. §. 1.* Ang. & Cuma. *ad*

27 *l. ſtipulationes non 72. hoc tit.* † Tametſi Johan. Andr. Johan. Petr. Surd. *conſil. 201. num. 15.* & quidam alii putent, diſtinguendum inter factum leve & grave; ac ſi illud præcisè, hoc non item ſit præſtandum: ne qua
28 ſervitus homini libero imponi videretur. † At in eo diverſum Coraſius, qui difficultatem facti non ex ejus levitate & gravitate; ſed ex eo æſtimat, utrum in poteſtate ſit promiſſoris ejus præſtatio, an verò in alterius arbitrio: & ita difficultas injiciatur à tertio: ut exemplum eſt in duobus patronis, quibus eâdem operam ſimul & ſemel promiſit libertus, qui conſentire nequeunt, ubi, & qualis opera edenda: item ſi promiſiſſem me curaturum, ut Titius Romam eat. Qua admiſſa reſponſione, conſequens judicatur, hanc opinionem Martini *per dict. l. in ſtipulationibus 54. §. operarum. h. tit.* magis confirmari, quàm impugnari. Pro cujus confirmatione octavò ſolet etiam citari *l. qui reſtituere. ff. de rei vendic. l. 3. §. heres. ff. commoda.* quibus locis traditur, eum qui reſtituere tenetur, præcisè cogi. *Bartol. ad l. 1. §. æſtimatio. num. 1. ff. de æſtima. actio. per l. pecunia. ff. de condict. cauſ. dat. gloſſ. & Bartol. in d. l. qui*
8 *reſtituere.* Reſtituere autem aliquid, factum eſt. *l. prætor 20. in princ. & §. ait prætor. l. ſeq. §. ſive. l. penul. ff. de oper.*
29 *novi nunciat. cùm prætor 81. de verbor. ſignificat.* † Sed & eo corroborari nonò creditur, quòd Panorm. *ad cap. 1. in ult. not. ab. extr. de ſponſal.* docuit, maritum & uxorem cogi poſſe, ut ſimul habitêt, nec præſtando id, quod intereſt, liberari: cùm tamen cohabitare factum ſit, ac quidem merum factum, ſicuti foſſam fodere, Inſulam ædificare, Romam ire, &c. Decimò urgent reſponſum JCti *in l. ſed & ha 35. §. ult. ff. de procura.* procuratorem, qui promiſit defendere, cogi judicium accipere, nec ſufficere ſtipulationem committi. Undeci-

decimo communis perhibetur opinio; vēditorem, ut & donatorem ob causam, præcisè compelli tradere, nec dando id, quod interest, liberari, modò res extet, & tradi possit. gloss. magna *ad leg. 1. ff. de action. empt.* Bartol. *in dict. l. stipulationes non 72. nu. 39.* Alexand. *num. 30.* Jas. *num. 35.* Aretin. *§. actionum. num. 14. ibid.* Jas. *num. 147. Instit. de action.* Arius Pinel. *ad leg. 1. part. 3. num. 25. & seq.* Codic. *de bon. matern. per leg. fistulas. §. 1. ff. de contrab. empt. & leg. magis puto. §. sed si pater. ff. de reb. eor. qui sub tutel.* ubi necessaria dicitur traditio, quæ fit ex contractu ejus, cui pupillus vel minor successit, ut decreto opus non habeat. In hanc sententiam citant quoque *l. 4. Cod. de action. empt. d. l. qui restituere. ff. de rei vend. l. fin. C. de fideicom. libert. §. perficiuntur. Inst. de dona. & Paul. 1. senten. tit. 13. Si id, quod emptum est, neque tradatur, neq; mancipetur, venditor cogi potest,* inquit, *ut tradat aut mancipet.* Duodecimò pro hac sententia citat & inducit *l. 8. de oper. libert. & l. si fundum 114. h. tit.* Andre. Clud. *in tracta. suo, de sequestra. c. 5. nu. 107.* Postremò cautum esse, ajunt, *in l. fin. C. de nova.* ut nulla hodie novatio fiat, nisi hoc disertè agatur à contrahentibus. Atqui si facti promissor moram faciens, nō ad factum præcisè, sed ad id, quod interest, tantùm esset obligatus, & ita obligatio dandi succederet in vicem obligationis faciendi, citra expressam conventionem, aliqua adhuc hodie novatio fieret, de qua nihil nominatim actum. Quod cùm sit contra *dict. leg. ult.* ne cogitandum quidem est. † Contrarium tamen 30 frequentius placuit Accurs. Bartol. Castrens. Jason. Duaren. *ad d. l. si quis ab alio 13. in fin. ff. de re judic. & ad d. l. stipulationes non 72. ibid.* Donell. *num. 26. & multis seqq.* Bartol. *nu. 10. 12. 14. 15. 16. 17. 30. cum seqq. h. tit. per illum text.* Bartol. *ad dict. leg. unic. quæst. 4. Cod. de sent. qua pro eo quod*

inter. Castrens. *in d. l. stipulationes non dividuntur. §. Celsus num. 1. 2. & 4. h. tit.* Ulpianus enim hanc esse conditionem obligationis faciendi, ut in eam veniat id, quod interest, *in d. l. stipulationes non 72. vers. Celsus. h. t.* his respondet verbis: *Celsus tamen*, inquit, *libro trigesimo octavo Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: Secundum quem* (Tuberonem scilic.) *Celsus ait, posse dici justâ æstimatione facti dandam esse petitionem.* Etsi verò pecunia, sive facti æstimatio hac stipulatione non cõtinetur, sed solum factum, si verba præcisè spectemus: si tamen mentem & sententiam contrahentium, utique hoc actum intelligitur, ut id, quod promissum est, fiat, & nisi fiat, æstimatio facti præstetur, quod nihil aliud est, quàm id, quod interest; *per d. l. stipulationes nõ dividuntur 72. vers. Celsus tamen. h. t.* cui & *d. l. si quis ab alio 11. §. ult. ff. de re judic. l. si pœnam 68. l. quoties quis 81. in princ. & §. 1. l. si quis stipulatus 112. l. si fundum 114. h. tit.* consentiunt. Nam quemadmodum *in dict. leg. stipulationes non dividuntur 72. vers. Celsus tamen* dicitur, *Si factum non fuerit pecuniam dari oportere:* item, *justa æstimatione facti dandam esse petitionem:* ita etiam *in dict. l. si quis ab alio 13. §. 1. de re judic. Sin minus*, inquit Celsus; *quia non facit, quod promisit; in pecuniam numeratam condemnatur; sicut*
31. *evenit in omnibus faciendi obligationibus.*† Quæ certè universalis affirmatio, parem omnium faciendi obligationum naturam & conditionem arguit. *l. omnia. ff. de reb. cred. si cert. l. Julianus. de lega. 3. l. à procuratore. C. mand. l. si pluribus. ff. de lega. 2. c. solita. ext. de major. & obed. c. si Romanorum 19. dist. & in d. l. si pœnam 68. h. t.* Paulus lib. 2. ad edictum, in quo de formulis actionum impetrandis egit, *l. 5. de V. S: Si pœnam*, inquit, *stipulatus*

latus fuero, si mihi pecuniam non credidisses; certa est & utilis stipulatio (q. d. tum ex ea stipulatione danda est formula certi de promissâ ac commissâ pœnâ) *Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem quod mea interest*: q. d. formula incerti, de eo quod interest, ex hac stipulatione dictabitur; non ipsius facti petitio. † Et *in dict. leg. quotiens 81. h. tit.* Ulpia. *Quotiens,* 32
inquit, *quis alium sisti promisit* (quæ stipulatio faciendi est. *l. ita stipulatus 115. hoc tit.*) *nec adjicit pœnam; quæritur, an committatur stipulatio: & Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit pœnam dari: in id* (tamen) *quanti interfuit sisti, contineri: & verum est, quod Celsus ait: Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se actum, ut stet.* Duo hîc Ulpianus discussit: primò, utrum ejusmodi stipulatio, *Servum meum sisti promittis? Sempronium sisti promittis?* committatur? Alterum, si committatur, quid igitur ex hac stipulatione, ut peti possit, debeatur? Circa priorem quæstionem dubium faciebat, tum quod *hominem sisti* alienum videatur factum: nihilque commune habere cum illa stipulatione, *illum sisti promittis?* de qua *in leg. stipulatio ista 38. §. fin. hoc tit.* † Factum autem alienum inu- 33
tiliter promitti sine pœnæ adjectione. *§. versa vice. Institut. de inutil. stipulat.* tum quòd *hominem sisti*, nisi judicii causâ, interesse non videatur; nihilque utilitatis vel incommodi hoc factum præstitum aut omissum adferre possit: Imò purum ac nudum factum promissum erat, nihilque adjectum conditionis vel diei vice, ut inde committeretur. Sed hac dubitandi ratione non obstante, Ulpianus docet, & valere stipulationem & committi, si non steterit, quem sisti promisit: quia non tam alienum, quàm

proprium factum promisit, cùm sensu non differãt; *Titium sisti promittis?* &, *illum Titium sistes?* cui etiam accedit responsum *in leg. ultim. ff. si quis in jus voca. non ier.*

34 † Quia *se curaturum*, ut sistatur, promisisse censetur, sicuti etiam is, *qui habere licere per quemcunque* putatur promisisse, *se effecturum*, *se curaturum* ut per quemcunque habeat, ut nemo auferat, *leg. stipulatio ista. leg. inter 83. hoc titul.* Circa posteriorem movebat dubium: quòd nihil præter solum ac nudum factum in hanc stipulationem esset deductum: Videbatur igitur nihil esse amplius, quod peti possit, quia factum non sit, quod fieri oportuit: nec tamen occasione faciendi amissâ, ulterius fieri posse. Videbatur ergo stipulatio esse commissa sine utilitate, & ex quâ nullius rei esset petitio. Sed & hîc præter facti promissionem in obligatione versari id, quod interest; & ex eo, quia factum non sit, quod fieri oportuit, commissam esse stipulationem in id, quanti interest, factum esse; his ostendit verbis Ulpianus: *Etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit pœnam dari, in id tamen quanti interest sisti, contineri*; commissa scilic. stipulatione. Quibus verbis, quid aliud significat, quàm præcisè non cogi ad factum sistendi, neque illud in obligatione vel petitione amplius esse commissa jam stipulatione: sed solummodò id, quod interest,

35 eâ stipulatione sic commissâ, contineri? † Contineri verò dicitur id, quod comprehenditur, quod inest, quod complexum est, *ut in leg. 1. l. hominis 52. de verbor. significat. l. qui duos 62. ff. de legat. 3. Bartol. ad leg. cui eorum. §. affinitatis. ff. de postulan. & ad l. liberorum. nu. 10. vers. ego hac. ff. de verb. signif. Felin. ad cap. pervenit. lect. 1. num. 1. vers. sed istud. ext. de testib. cogen. Jason ad l. Gallus. vers. instituens. num. 11. ff. de liber. & posthum.* Confirmat hoc

ipsum

ipsum plenius & clarius Ulpianus in eadem *d. l. quotiens 81. §. 1. h. tit.* *Si procurator*, inquit, *sisti aliquem sine pœnâ stipulatus sit; potest defendi, non suam, sed ejus, cujus negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse* &c. † Hîc tenetur distertè, stipulationem faciendi, continere in se tacitâ voluntate contrahentium, & vi interpretationis id, quod interest: ut in conditione solutionis sit ipsa facti præstatio: in stipulationis verò committendæ ratione id, quod interest: *per leg. si insulam 84. l. si quis 112. §. 1. l. existimo 98. §. fin. h. tit.* ut si non fiat id, quod promissum sit, ex eo censeatur stipulatio commissa in id, quanti ea res est, seu quanti interest: perinde ac si subdita esset faciendi stipulationi, hæc stipulatio: *si non feceris, si non steterit, quanti interest, dare spondes?* Hæc, inquam, stipulatio tacitè inesse censetur. 36

† Tantum inter prætorias & cæteras stipulationes hoc interest, ut prætoriæ possint alieno & procuratorio nomine contrahi; non etiam cæteræ: ut prætoriæ procuratorio nomine contractæ, non contineant id, quod interest procuratoris stipulantis, sed domini, cujus vice is stipulatus est: in cæteris id tantum, quod interest stipulatoris: *per d. l. quotiens 81. §. 1. h. tit. l. penult. ff. si quis caution. judic. sist. l. 3. l. 5. ff. de prætor. stipul.* 37

† Quod in prætoriis ideò receptum est: quia nisi ita interpretaremur, imputari posset procuratori, quòd mandatum non rectè esset exsecutus: & quamvis diligentissimus, cogeretur tamen ex mandati judicio reus fieri, *juxta leg. si quis mandatu. ff. de negot. gest. Donell. ad dict. leg. quotiens 81. §. 1. in fin. h. tit.* 38

† Expressiùs hanc etiam inter dandi & faciendi stipulationem differentiam tradit Pomponius *in l. si quis stipulatus 112. §. 1. hoc tit.* *Si quis ita*, inquit, *stipulatus fuerit, pro centum aureis satisdabis? & reum dederit* 39

in istam summam: Proculus ait, semper in satisdationis stipulatione venire, quod interesset stipulantis: ut aliàs tota sors inesset, veluti si idoneus promissor non sit, aliàs minus, si in aliquid idoneus esset debitor: aliàs nihil, si tam locupleres esset, ut nostra non interesset, satis ab eo accipere, nisi quòd plerumque idonei non tam patrimonio, quàm fide quoque æstimarentur. Hîc Pomponius de stipulatione faciendi differit:
40 † nam satisdare est, fidejussorem dare, pro rei qualitate locupletem & idoneum, *leg. 1. leg. 2. ff. qui satisdar. cogunt. l. 1. ff. in jus voc. ut eant.* Hanc committi testatur, sive promissor nullum det, sive det non satis idoneum, non locupletem; committi autem in id, quod interest; ut hoc ipsum saltem ex ea petatur, non ut alius fidejussor detur: Ex quo colligit Pomponius: tametsi verba stipulationis videantur hoc continere, ut idoneus detur fidejussor, sive interfit stipulatoris sive non; tamen eam nõ nisi in id, quod interest, committi, ac si tacitè hoc actum esset, ut si fidejussorem dare stipulantis non interesset, non teneatur promissor; si verò ejus interfit, ut hactenus agatur, quatenus interest. Quibus omnibus hoc efficitur, faciendi stipulationem necessitatem quidem faciendi injungere, ut evitetur stipulationis commissio: at postquam commissa jam fuerit, non tam factum, quàm id, quod interest, deberi: cui etiam Paulus *in dict. leg. si insulam 84.* & Ulpian. *ursum in l. si fundum 114. h. tit.* subscribit: 41 † ut non immeritò veteres interpp. Accurs. Bartol. Bald. Castrens. Jas. Alexand. & si qui alii, dixerint, facti obligationi succedere obligationem in id, quod interest, si id non fiat, quod promissum fuit, *per d. l. stipulationes non 72. vers. Celsus. hoc titul. dict. leg. si quis ab alio. in fin. ff. de re judic.* nec amplius factum in petitione esse, sed ut quid præstetur;

æsti-

æstimatio scil. ejus: quia factum non fit, quod fieri oportuit. Nam cam æstimationem necesse habet dare *per dict. l. stipulationes non 72. vers. Celsus. d. l. quotiens 81. dict. leg. si pœnam 68. d. l. si ita stipulatus 112. §. 1. d. l. si fundum 114. d. l. si insulam 84. h. tit. d. l. si is qui ab alio 13. §. fin. ff. de re judic.* quibus locis asseritur, pecuniam, æstimationem, sive id, quod interest, dare oportere: † quod 42
verbum, *oportet*, necessitatem injungit. *dict. l. 3. ff. de action. & obligation. l. si quod dominus. ff. de condict. indeb. l. 1. §. ultim. ff. de constitut. pecun.* Si necesse habet dare, ab invito etiam & exigi potest, & illud quidem non interpretationis benignæ vel creditoris favore, sed jure obligationis, *per l. debitor. ff. de verb. signific. & §. 1. Inst. de obliga.* cùm necessitas dandi sit hæc ipsa obligatio, hoc ipsum vinculum, quo unusquisque obstringitur ad rei solutionem. *dict. §. 1. Instit. de obligat.* † Quid 43
igitur, an non utrumq;, & factum, & id, quod interest, in obligatione ita ut peti utrumq; possit, censebitur? Id quidem Joh. Robert. *lib. 1. animad. cap. 17. vers. hoc igitur præter.* post Castrens. & Bart. *in d. l. stipulationes non 72. h. t.* credidit: tum quia factum est promissum; tum quia præstando factum, tollitur obligatio. *l. si is qui 13. in fin. ff. de re jud. l. decem 116. h. t.* Imò peti posse factum, patet *per l. 6. §. 1. vers. agam ex vendito ut reficias. ff. de action. empt.* Sed ab eorum sententia multi recedunt. † Sanè nondum commissâ stipulatione ob 44
facti omissionem, utique in conditione liberationis versatur factum: quia in obligatione est; eò, quòd si promissum factum præstaretur, satisfactum intelligeretur legi conventionis. Postquam verò jam cõstat, satisfactum non esse, & commissam quoq; stipulationem, ut quanti interfit, tanti æstimetur fidei circumventio, & negligentia; non potest dici,

amplius in obligatione esse factum, sed potiùs facti non præstiti æstimationem. *l.fin.ff.si quis in jus voc.non ier.dict.l.si is qui 13.de re jud.l.si Kalendis 11.eod.d.l.stipulationes non 72.vers.Celsus.dict.l.si insulam 84.l.si ita stipulatus 112.§.1.h.tit.* Quod & ipse Bartol. agnovit: ideoque dixit, *non simul utrumque in obligatione esse, sed alternativè.* Et hoc tolerari posset, ut se liberet reus offerendo factum, usque ad litis contestationem. *dict. leg.si insulam 84.hoc tit.l.vinum.ff.de rebus credit.si cert.* vel usque ad diem tacitè aut expressè conventum. *§.omnis. & seq.Institut. h.tit. l.8. l.hoc jure 10.l.si ita 14. l.quotiens 59. l.stipulationes non 72.§.si quis.leg.si insulam 84.leg.cùm sti-*
45 *pulatus 113. leg.qui insulam 59.h.titul:* † at non, ut actori permittatur electio, utrum factum vel æstimationem facti petere malit: tum quia in omni aliâ obligatione alternativâ non stipulatoris, non creditoris; sed promissoris, sed debitoris est electio, *l.plerumque. in fin.ff.de jur.dot. leg.2.§.Scævola. ff.de eo quod cert.loc.l.ubi autem 75.§.qui illud aut illud.h.tit.* maximè post novam Justiniani constitutionem *in l. penult. Cod.de condictio. indeb.Cujac.obs.35.lib.8.* tum quòd commissa stipulatio unum alterius loco surrogat, & quasi novat. *l. obliga-*
46 *tionum ferè 44.in fin.ff.de action.& obligat.* † Unde est, ut dicatur, ex omni stipulatione facti, nisi certa ei definita pœna sit expressa, incerti condictionem, quæ & ex stipulatu actio vocatur, dari. *leg. ubi autem 75.§.qui id quod in faciendo.h.tit.* quia etsi factum certum ac definitum versatur in promissione, incertum tamen est, utrum præstetur: & si non præstetur, quia id quod interest, debetur; incertum deducetur in petitionem, *per l.ult.ff.de prætor.stipulat.§.penult. Instit.h.tit.* Et cùm sola æstimatio, sive id, quod interest, in obligatione commissâ existat; quia dum non facit in-

tra

tra tempus legitimum, quod fieri oportuit; creditur promissor elegisse solutionem ejus quod interest; hoc etiam consequens est, ut ex faciendi stipulatione priùs agi non possit, quàm si commissa fuerit, & ita ob tempus præteritum appareat, in utram rem se promissor obligare, & à se peti maluerit: quod satis expressum est in *l. si ita stipulatus 14. d. l. si insulam 84. h. t.* † Quod autem *in l. 6. §. 1. ff. de actio. empt.* 47
responsum est, *si vendidi tibi insulam certâ pecuniâ & ut aliam insulam reficeres: agam ex vendito, ut reficias.* non hunc sensum habet, ac si factum promissum semper & propriè sit in petitione; sed ita demum, si tanquã pars pretii & pars æstimationis, tanquam pecunia debeatur. Et certè in illa facti specie pacto in continenti subdito hoc effectum erat, ut si reficeres insulam, in partem precii id cederet. † Itaque nec eo 48
casu petitur præcisè, neq; simpliciter ut factum, sed ut æs alienum: nisi enim vẽditor præstet ultrò, quod promisit, quanti interest condemnabitur: cui simile quoq; est, quod *in l. Julianus. §. pen. ff. de actio. empt.* responsum est; & quòd operæ tanquam æs alienum debeantur. *l. 4. ff. de oper. libert.* Denique hanc sententiam hoc quoque probat, quod *in dict. l. quotiens 81. & dict. l. si pœnam. d. l. 112. §. 1. h. t. d. l. si insulam. 84. h. tit. dict. §. pen. Instit. h. t. & aliis locis* dicitur, *in faciendi stipulationem venire id, quod interest.* Quod autem in stipulationem venit, vel ea continetur, hoc omnino & propriè debetur, *dict. l. 3. ff. de action. & oblig. l. 1. §. 1. vers. sic. omnia enim. l. 3. §. 1. l. si sterilis. §. cùm per venditorem. ff. de action. empt. d. §. 1. Instit. de oblig.* At nullibi dicitur, in commissam faciendi stipulationem *factum venire, vel factum contineri.* Factum ergo est quidem ab initio in stipulatione, ut per id se ab obligatione liberet reus, si ma-

lit facere, quàm aliquid solvere: at postquàm non fecit, quod debuit; quanti interest, in obligatione solùm erit, quia id præstare maluit: & per consequens neq; præcisè ad factum obligatus erit: neque illud in petitionem venict. Accedit *l. ultim. ff. si quis in jus voca. non ier.* ubi Ulpianus: *Cùm quis*, inquit, *in judicio sisti promiserit, neq; adjecerit pœnam, si status non esset; incerti cum eo agendum in id quod interest, verissimum est. Et ita Celsus quoq; scribit.* Non ait, *certi vel incerti cũ eo agendum, ut sistat vel sistatur*; tametsi hoc factum certũ, & apertè tantùm esset promissum: sed, *cum eo agendum esse in id, quod interest*: si cum eo agendum in id, quod interest, utiq; etiam hoc ipsum erit, & quidem solum in obligatione, postquam jam non steterit; Nisi enim in obligatione esset, condictione incerti ex stipulatione peti nõ posset: quia nec actio eo nomine foret *per l. 2. §. 1. vers. quia aliud pro. l. vinum 22. per ibi not a. ff. de reb. cred si cert. l. 1. §. verbis. §. seq. l. 2. l. 3. l. actionũ 25. l. nihil 51. ff. de actio. & oblig. §. 1. §. 2. Inst. de act.* † Sine
49 actione autem nemo experitur judicio. *l. 6. §. fin ff. de negot. gest. l. ex stat. ff. quod metus caus.* Idẽ responsum est *in l. 1. & l. ex empto 11. §. idem ait non tradentem. ff. de actionib. empt.* nempe, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agi. Et quid aliud hîc etiam significatur, quàm quòd necesse habeat actor petere, reus verò solvere id, quod interest: & in neutrius esse electione morâ factâ judicioq; accepto, utrũ malit factum, an id quod interest præstare? Non obstant illa
50 quæ in diversam partem prolata sunt. † Nam optima ratio diversitatis est, quòd si præcisè ad faciendũ cogerentur homines liberi; non parum inciviliter violari videretur libertas nostra, & quandã pati speciẽ servitutis impellerentur, *per l. Titio centum 70. ff. de*

con-

condit. & demonst. Contrà quàm libertas definita est *in §. 1. Inst. de jur. person.* Pecuniam verò dare cogi homines liberos neq; servile neq; incivile est; cùm corpori libero hoc non incumbat, sicuti opus manu suâ facere, sed plerunq; liberalitatis sit & officii homine libero digni & laudabilis. *Duar. ad d. l. si is, qui ab alio 13. in fin. de re judic.* Neq; dicas, eam, si qua esset, servitutem in faciendo sponte susceptam esse obligationis vinculo; cùm ea quæ initio sunt voluntatis, promissa fiant necessitatis. *l. in commodato. §. sicut autē. ff. commod.* Nam etsi obligatio vinculum juris est, quo necessitate adstringimur ad dandum vel faciēdum aliquid; non tamen aliter adstringimur quàm secundùm civitatis nostræ jura. *§. 1. Inst. de oblig.* Civitatis autem nostræ jura necessitatis illius conditionem in alia atq; alia obligatione constituunt modò remissiorem, modò etiam arctiorem. *interpp. ad Rubr. Dig. h. t.* Quid mirum igitur, quin ejus alia quoque sit vis & ratio in dandi, alia in faciendi vinculo? †Deinde ea quoq; differentiæ ratio est: quod in obligatione dandi, neq; expressè neq; tacitè aliud voluntate & intentione contrahentium inest, quàm solùm id, quod dari debet: nec aliud etiam est in petitione; *per l. vinum. de reb. cred. si cert. l. pen l. ultim. ff. de tritic. condict. l. si servum 91. in fin. h. t. l. 1. ibi gloss. C. si quis alter. vel sibi. l. si vendidero 80. §. 1. ff. de furt. l. 7. §. condictio. l. si serv. 14. §. bove. §. seq. de condict. furt.* † At si quid fieri convenit, nō solùm juris interpretatione, sed tacita etiam contrahentium voluntate inest obligatio ad id, quod interest: quippe factum inest stipulationi expressè, in id tantùm, ut si intra legitimum tempus exhibeatur, solutum censeatur illud, quod promissum est, ne stipulatio in id, quod interest fieri, committatur:

51

52

sin minus, commissa censeatur stipulatio, ut æstimatio facti solvatur; quia hanc potius solvere elegerit reus: ut modò *ex l. quotiens 81. l. si pœnam 68. l. si insulam 84. l. si fundum 114. l. ex parte 121. l. si ita quis 135. §. Seja. in fin. vers. nec mulieris quicquam. §. ea lege. in fin. h. t. l. 1. l. ex*
53 *empto 11. §. idem ait, non tradentem. ff. de actio. empt.* † Nec obtrudat aliquis: imò æstimationem, seu precium rei debitæ loco succedere, quoties res dari amplius nequit; non solùm si judicia sint universalia, *l. si & rem 22. in fin. ff. de petit. hered. l. res in dotem data. ff. de jur. dot. l. Imperator. §. fin. l. seq. ff. de lega. 2.* sed & si sint particularia. *l. Labeo 14. vers. quia videtur res ei abesse cui precium abest: de verbor. signif. l. planè. §. quod si rem. ff. de lega. 1. l. si cùm servum. ff. de reb. cred. si cert. l. mater. C. de rei vend. l. qui à debitore. ff. quæ in fraud. credit.* Hoc quidem ita est ob necessitatem obligationis durantis, cui satisfieri oportet; & cùm aliter jam satisfieri nequeat, officio judicis tantùm, non jure obligationis, vel petitionis, in subsidium æstimatio rei solvi jubetur. ut *ex d. l. vinum. cum ibi nota. & ad d. l. Labeo 14.* videre est; Atqui in facti obligatione id, quod interest, facto non secuto, non in subsidium, non judicis officio, sed ipso jure ex ipsa obligatione debetur, estque in petitione, *d. l. quotiès 81. d. l. si pœnæ 68. d. l. si insulam 84. d. l. stipulationes nõ dividuntur 72. vers. Celsus tamen. h. t. l. fin. ff. si quis in jus voca. nõ ier. d. l. 1. in prin. d. l. ex emt. §. idem ait non tradentem. ff. de actio. empt. dict. l. si is, qui ab alio 13. ff. de re jud.* Quare vel inde liquet, obligationem dandi & faciendi inter se egregiè differre; eāq; differentiā ex pro-
54 priâ utriusq; naturâ ꝓmanare. † Ad secundũ respõdetur, cùm JCtus fateatur, illud specialiter à Divo Marco rescriptum esse; ut non liberetur heres offerendo pecuniam, qui opus Reipubl. facere condemnā-

mnatus est; puta muros aut portas, vel theatrum ædificare, *l. pen. ff. de operib. public.* vel ludos publicos facere, utiq; regulam esse in partem contrariam quoque fatetur: nec idem in omni facto debito, etiam ex testamento, ita esse. Sed & quod Divus Marcus *in dict. l. fideicommiss. 11. §. fin. ff. de leg. 3.* constituit circa opus Reipub. legatum; Divi Impp. Antoninus & Verus extēderunt ad eos, qui pro honore polliciti sunt operas exstruere, ut ipsi faciant, nec pecunias pro his inferre cogantur. *l. Impp. 13. ff. de pollici.* Quod si regula fuisset, factum præcisè præstandum, his specialibus constitutionibus opus non fuisset: neque fundamentum suæ decisionis Ulpianus collocasset in D. Marci rescripto, sed in generali juris axiomate. † Deinde heredi vel legatario, ne indigni videantur honore, quo adfecti, incumbit, in specificâ formâ testatoris voluntatem adimplere; cùm nihil magis debeatur hominibus, quàm ut supremæ eorum voluntates tanquàm lex aliqua, postquam jam aliud velle nō possunt, exitum sortiantur: *l. 1. C. de SS. eccles. l. nemo. C. de Judæis & cælicol. §. disponat. Novel. 22. de nupt. Jas. ad l. pactum 46. n. 7. ff. de pact. per l. fi. C. de edict. D. Hadria. tollē. l. Titio centū 70. §. ante. l. quib. reb. 40. l. in testamēto 27. ff. de cond. & demonst.* Itaq; hac in parte ab ultima voluntate ad contractus non procedit argumētatio; per ea, quæ Wesenbec. *ad tit. Instit. de leg. Canin. tollend.* Imò testatoris hîc interest, ut ipse heres vel legatarius jussus opus Reipubl. legatum, vel per fideicommissum datum potiùs faciat, quàm pecuniam numeret, ut ipsa Respub. condat: tum quòd Respubl. facilè illam pecuniam in alium usum, & refectionem vel tutelam alterius operis converteret, quàm novum opus inchoaret, quippe hoc fieri 55

jussit idem D. Marcus Imp. Pius *l. fin. ff. de operib. publ.* tum quòd nullius, nisi Imperatoris nomen, & cujus pecuniâ opus factum sit inscribere & immortalitatem ita nominis quærere liceat. *l. 3. §. fin. l. seq. ff. eod.* Ne itaque hæc defuncto gratia pereat, idem Imp. qui hoc constituit, jussit quoq; , ut opus facere damnatus à testatore ex hæreditariâ pecuniâ , ipse faceret, nec pecuniam Reipub. inferret. Quod cùm jus singulare appareat, in consequentiam trahi non debet, *l. jus singulare. de legib.* neque argumentum sumere licebit ab hac obligatione ex jussu testatoris descendente ad eam, quæ ex propria cujusq; promissi-
56 one exsistit. † Tertium *ex l. hereditatem 28. ff. de donationib.* deterioris est conditionis. Pater enim, qui hereditatẽ illam sibi delatam & à se aditã filiæ donavit; utiq; donavit unà cũ suo onere & emolumento: quæ id omne hereditatis appellatione continẽt, *l. nihil est aliud 24. ibi nota. de verbor. signific. l. hereditas. de reg. jur.* cùm juris sit nomen, sine dubio etiam damnosam significans hereditatem. *l. hereditatis 119. de verborum significat.* Quin & patris donatoris personam hac in parte filia donataria sustinet: qui & ipse satisfacere, h. e. solvere, & se obligationibus liberare hereditariis teneretur. *per d. l. nihil est aliud. l. 1. & tot. tit. C. de hereditа.*
57 *actionib. l. totiens. l. heredem. l. omnia. ff. de regul. jur.* † Satisfacere creditoribus, non est nudum factum, sed jus continet, & necessitatem solvendi pecuniam habet. *l. liberationis. l. seq. l. satisdationis 61. de verborum signif. l. 4. §. 1. ff. de re judic.* Solvet autem pro naturâ cujusque obligationis. *dict. leg. liberationis. l. seq. de verborum signific. §. 1. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. solutionis 54. l. prout.*
58 *ff. de solutio.* † Denique satisfactio, si sponte à creditoribus vice solutionis admittatur pro solutione;

atq;

atq; ita pro pecuniâ est *l. satisfactio 52. ff. de solut. dict. l. 4. §. 1. ff. de re judic.* Non ergò sequitur; heres, qui hereditatem adiit; vel cui ille eam cessit donavitq;, juris autoritate tenetur hereditariis creditoribus satisfacere, h. e. solvere, & illud præstare, quod defunctus dare facere obligatus fuisset: Ergo tenetur etiã præcisè facere, qui factum ipsemet promisit. Quia aut de tali facto, puta satisfactione, hoc intelligitur, q̃ nudum nõ est, sed pecuniæ præstationem habet: aut quod eodem modo, quo defunctus satisfacere teneatur. Atqui defunctus mera facta præcisè præstare nõ esset cogendus, si foret superstes: Ergo nec heres, nec cui heres cessit hereditatẽ, præcisè cogẽt: *per l. 2. §. 1. & §. non enim ex persona. h. t.* Ex his etiã quarti inconsequentia ostenditur: si quidem non est quæstio, utrum factũ, quod per te fieri promisisti, possis Titii operâ solvere; sed utrum tantùm id, quod fieri convenit, tenearis per te vel alium expedire; an verò, si sponte vel admonitus intra legitimum tempus fecisti, & factum, & id, quod interest simul vel alternativè, an verò id quod interest tantùm, cogendus sis præstare? Quo efficitur, si hoc argumentum in formam redigatur, quòd aut plus sit in conclusione futurum; aut planè tertium à quæstione propositâ illaturum. Quod porrò sequitur, in arbitrio debitoris non oportere collocatum esse, utrũ & quomodo obligatus esse velit: verum quidem est suo modo, ut suprà quoq; alibi monuimus: nẽpe, si de initio obligationis ejusq; statu constituendo quæratur, *l. à Titio 108. in fin. h. t. & ibi nota. d. l. 8. de actio. & oblig. d. l. centesimis. h. t.* At prohibitũ non est, ejus arbitrio committere tacitè vel expressè, utrũ ex iis, quæ in stipulationẽ constitutã deducta sunt, solvere malit nec ne: cũ

in alternativis non utrumque simul, sed alterutrum debeatur, ut nec omnes generis promissi species debentur, sed una vel altera, prout elegerit ille, cui vel lege contractus, vel juris autoritate electio data est, *d.l.pen.C.de condict.indeb.l.cùm is qui 33.§.fin.ff.eod.c.in alternativis.ubiDyn.&Pet.Peckiº.de reg.jur.6.§.si generaliter. Inst.de leg.l.2.§.ejusdē.l.si stipulatus76.l.si qs stipulatus 112. l.si.h.t.l.qui hominē 34.ff.de solut.* Hujus autē promissionis *insulam fabricari, Capuam ire, rem tradi, rem restitui*, hæc natura est, ut alterutrum solvi debeat, aut factum ipsum, aut id, quod interest, utrum elegerit debitor: ut suprà declarabatur: & quamvis actor nequeat factum petere, si tamen tantum temporis præterierit, quo commodè fieri potuisset, nec factum est, ab invito etiam debitore illud exigi potest, quod interest: ut ita hîc locus non sit isti responso, de quo *in d.l.8.ff.de action.& oblig. pro non dicto esse, quod dare nisi velis, cogi non possis*: imò, cogi poteris dare, qui non feceris. Ergo nec ita argumentari fas est: cùm in debitoris arbitrio jam ampliùs non sit, utrum factum ipsum, an id, quod interest dare malit, commissâ stipulatione faciendi: Igitur in creditoris erit potestate factum, vel id, quod interest, aut utrumq; petere, ut quidam ausi sunt asserere. Equidem jam amplius factum non est in obligatione, postquam jam semel debitor elegerit legis & tacitæ conventionis decreto, utrum in rem, an in factum, vel id, quod interest, obligatus esse maluerit: *per dict.l.fin.ff. si quis in jus voca.non ier.dict. l. stipulationes non 72. versic. Celsus tamen.dict.l.si pœnam 68.dict.l.quoties 81.hoc t. cum similibus.* Hinc dependet sextæ objectionis refutatio: quia etsi factum ab initio solum, si verba spectemus, in stipulatione versabatur, nec ideo liceat,

aliud

aliud factum pro alio invito præstare: tamen tacitè etiam continebatur id, quod intererat, ita ut in conditione stipulationis committendæ esset factum; in commissa verò solum id, quod interest, *per d. l. fin. ff. si quis in jus voca. non ier. d. l. si pœnam 68. dict. l. stipulationes non 72. dict. l. quotiens 81. cum similibus suprà allegatis.* Itaq; non potest videri hîc aliud peti vel solvi, quàm debetur. † An non septimo loco pro fundamento posita dissolutio objectionis *ex l. in stipulationibus 54. §. operarum. h. t.* sit mera conjectura vim textui faciens, arbitrio rectè judicantis relinquo. *Imò verò: Operarum*, inquit Julianus, *stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur; & ideo divisio ejus stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit: Quod si unam operam servus communis* (à communi scil. liberto) *stipulatus fuerit, necesse est utriq; dominorum partem operæ tantam, quantam in servo habuerit, petere. Solutio autem ejus obligationis expeditissima est, si æstimationem operæ malit libertus offerre, aut si consentiant patroni, ut his cõmuniter operæ edantur.* Primò hîc Julianus docet, quomodo dividatur stipulatio operarum: idq; quomodo fiat, exemplo stipulationis generum exponit: Nam hæc stipulatio, *decem operas dare?* similis est illi, *decem homines dare?* Itaq; si duorum patronorum servus cõmunis decem operas à communi liberto stipulatus fuerit, singulis quinq; operæ erunt acquisitæ: quia si decem homines stipulatus esset, pariter singulis quinque deberentur: sive dominicâ æquali portione, sive impari sit ille servus cõmunis: etenim generũ stipulatio non partibus indivisis, sed numero & discretè dividitur. *d. l. in stipulationibus 54. in princ. h. t. l. cũ Stichus. l. si quis duos. ff. de solut.* Deinde exemplo unius operæ in stipulationẽ à communi servo deductę do- 59

cet, hoc ita esse, in plurium operarum & generum stipulatione; non etiam, si unica opera vel unicum genus, id est, unum generis individuum; puta, *hominem dabis? dabo*, promissum sit: quippe unitas numerus non est; sed numeri principium: & tamen in hoc rursum differentiam esse ostendit *in vers. utrique. & vers. solutio.* quod corpus, quamvis generaliter promissum; puta, *unum hominem dabo*; pro parte indivisa & deberi & exsolvi possit: quia naturâ divisionem recipit: *l. 2. §. 1. §. ex his. h. t.* modò utræq; partes in eodem homine, seu eodem in corpore solvantur: cùm pro indiviso tantùm dividatur. *d. l. cùm Stichus. dict. l. qui hominem 34. ff. de solutio. d. l. in stipulationibus 54. h. t.* Opera autem una, naturâ individua, (ut omne factum est) pro parte solvi non possit, *l. 3. l. libertus 19. §. 1. ff. de oper. libert.* nondum autem soluta pro parte petatur; quia in æstimatione consistit, & tanquam pecunia credita petitur. *l. 4. vers. perinde. l. 6. ¶. s. quæ quasi in pecuniæ præstatione. ff. eod.* postquam jam præterierint; ut sua die dari nequeant. *l. si quando 8. l. si quis 13. §. judiciũ. l. cùm patronus. ¶. s. aliud enim. ff. de oper. libert.* Intentio igitur, argumentum, res subjecta, de qua disseritur, & verba Juliani non patiuntur, ut fingamus dissensionem dominorum efficere petitionem æstimationis, h. e. ejus quod interest, *per d. l. stipulationes non 72. ¶. s. Celsus. d. l. si pœnam 68. d. l. quotiens 81. dict. l. si quis stipulatus 112. §. fin. h. tit. dict. l. fin. ff. si quis in jus voc. non ier. &c.* Neque dicit, *dissentientibus patronis solutio erit expeditissima, si libertus malit operæ æstimationem offerre*: sed, solutionem simpliciter ejus arbitrio committit, ut aut operam præstet promissam, modò convenerint in ea patroni: aut offerat ejus æstimationem, sive convenerint sive non convenerint patroni. Quare manet

net hoc immotum, etiam per hunc textum assertionem nostram corroborari: nec divinatoriâ illâ interpretatione elidi: utpote cujus nulla vis est. Solidis enim & immotis ex verbis ac mente loquentium JCtorum liquidò promanantibus argumentis, non conjecturis, non divinationibus locus erit, quoties de veritate quæstio est. Quamobrem non attinet hîc dispicere, uter verum sentiat, difficultatem facti æstimari ab ejus expeditione ex sese, an verò utrum ex alieno pendeat facto. † Ad *leg. qui restituere. ff. de rei vindic.* respondendum est, agi eo loci de rei vindicatione, quæ in rem est, non in personam, nec obligationem, sed jus in re præsupponit. *§. omnium. Institut. de action.* ut ita à nostræ quæstionis scopo sit aliena. Deinde magna diversitatis ratio est: Etenim, nisi per rei vindicationem cogeretur reus præcisè rem restituere, res omnium indignissima induceretur; quia res suo domino auferretur, ut apud prædonem maneret: At malitiis istis indulgendum non est. *l. in fundo 38. ff. de rei vindicat. l. si servus. ff. de pigne. actio.* Et quid ea, quæ ad juris executionem ex natura intentatæ actionis spectant, commune habent cum his, quæ pertinent ad constituendam obligationem & instituendam actionem. 60 61 † Præterea in rei vindicationem venit ipsa res restituenda, ut ita nudum factum non possit petitum videri, sed reddere rem cum omni causa, omni accessione & utilitate: *l. plus est. l. restituere. de verborum significat. l. præterea. ff. de rei vindicat.* Quid igitur mirum; si non solùm rem restitui condemnetur reus, sed manu etiam militari auferatur & transferatur? Alioquin elusorium foret judicium, elusoria actio. Quæ res in privato vis esset, in magistra-

tu officium suum exsequente non est. Atqui hæc natura hujus obligationis, hujus actionis nō est: Etenim commissa stipulatione, non petitur factum, nec id in cōdemnationē deducitur, sed id, quod interest, dare facere & petitur & condemnatur. Nulla
62 igitur similitudo. † Eadem ratio est *d. l. prætor 20. in princip. & §. ait prætor. l. seq. §. sive. l. penultim. ff. de oper. novi nunc. dict. l. cùm prætor 81. de verborum signific.* Etenim si quis post operis novi nunciationem pergit ædificare, nondum impetratâ remissione nunciationis, optimo jure opus postea factum restituitur, hoc est, destruitur; idq; non tam ipse cogitur facere ædificator, quàm fieri pati: siquidem extra ordinem & mero suo officio magistratus exsequitur prætor, si suâ sponte nolit, ut vindicetur magistratus autoritas & imperium, nec id à quoquam spe impunitatis contemnatur. Notetur hîc quoque diversa & varia significatio vocis *restituere: ex dict. l. cùm prætor. cum ibi nota. de verbor. signific.* Non melioris notæ nonum
63 est à conjugibus sumptum. † Nam illud natura matrimonii, jus & conventio postulant, honestas jubet, publica utilitas mandat. Neque tale factum est, quod æstimationem recipiat, aut ullo modo in commercium veniat. Quis enim maritale obsequium ære honestè vendit? vel æstimat? Dispar ergo ratio cohabitationis est & cæterorum factorum.
64 † Decimo loco allegatum responsum *in l. sed & ha 33. §. ultim. ff. de procurat.* nihil ad rhombum. Primò quia officium procuratoris eo loci describitur, nec præcipitur præcisè cogi procuratorem adimplere factum, quod promisit, nisi malit condemnari ob ruptam amicitiæ fidem in id, quod interest. *§. mandatum non suscipere. Institut. de mandat. l. si procurator 8. §.*

man-

mandati actio tunc.ff.mand. deinde revera factum non promisit à jure nudum. Rursum procurator non compellitur præcisè dominum defendere, sed si nolit defendere, denegantur ei actiones. *l. mutus. §. pœna.ff.de procura.* quod & suprà *in cap. de fine stipulationis annotatum est.* † Quod undecimo loco dicitur, ut 65
dissentientium opinio placet, ita etiam nihil urget: & ut quid virium habere possit, necesse est, hoc primum indubitatum facere, venditorem præcisè teneri tradere, nec liberari præstatione ejus, quod interest. Sed hoc indubitatum nondum est effectum. Imò verò, magis est, ut dicamus frequentiùs & meliùs placuisse, non alio sensu omnimodo & præcisè teneri venditorem tradere, quàm qui stipulanti tradere promisit: nempe, si petitionem & condemnationem in id, quod interest, effugere velit, ut tum tradere habeat necesse, secundùm Johann. & Bulgarum. Quæ sententia manifestò propugnatur *l. 1. ff. de action. empt. Si res vendita*, inquit Ulpianus, *non tradatur; in id quod interest, agitur*, hoc est, quod rem habere interest emptoris. *Hoc autem interdum precium egreditur, si pluris interest, quàm res valet vel empta est.* Ait, *in id quod interest, agitur*: ut ostendat, neque utrumque simul deberi, & factum tradendi, & id quod interest: sed si non tradidit, tum id, quod interest, in obligationem succedere: alioquin peti non posset. *l. 6. §. fin. ff. de negot. gest. §. 1. Instit. de action.* † Confirmatur hęc etiam sententia *per l. ex* 66
empto 11. in princ. juncto §. idem ait non tradentem. ff. de action. empt. ubi idem Ulpia. in princ. docet, venditorem tradere oportere: & tamen *in d. §. idem ait, non tradentẽ.* scripsit disertè; *non tradentem venditorẽ quanti interest, condemnari.* Condemnatio autem confor-

mis erit petitioni. *l.fin.C.de fideicommiss. liber.* Itaque quanti interest, in obligatione & petitione erit, si non tradiderit. Quo quid aliud efficitur, quàm quod dicitur, necesse habere venditorem, rem omnimodo tradere, sic intelligi oportere, si nimirum velit condemnationem in id, quod interest, effugere. Rursum *in l.voluntate 10.ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvi. Et ideo*, inquit Paulus, *si judicio quoque acceptо venditor absolutus sit, vel, quia non tradebat, in id, quod interest, condemnatus, salvum fore pignus creditori dicendum est.* Ubi Accurs. *condemnatus*, inquit, *quod est in faciendo, ut d.l.1.de action.empt.* q.d. ita observatur in faciendi obligationibus, ut si reus non fecerit, condemnetur in id, quod interest. Sic *in l.qui tibi 6.ff.de hered.vel actio.vend. Sed quoniam*, inquit Imp. Alexander, *contractus fidem fregit* (alienando res hereditarias, nec eas tradendo, qui tibi hereditatem vendiderat.) *ex empto actione conventus, quanti tua interest, præstare cogetur.* Non ait, *cogetur ut tradat*: sed ut præstet, quanti tua interest. Et Justinian. noster diserens, utrum & quando emptio-venditio in scriptis celebrata sit perfecta, ut ex ea agi possit; *Quod precio statuto*, inquit, *necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emptoris interest ei persolvere. l.contractus 17.C.de fide instrumen.* Fatetur ergo ipsemet Justinian. non ad utrumque & id, quod interest, teneri; sed ad alterutrum: ita ut ejus sit electio, tradere id quod convenit, aut si moram in tradendo faciat, patiatur se in id quod interest conveniri & condemnari: † Interesse autem intelligitur totale, verum precium ut plurimùm excedens, *glos. ad l.1.ff de actio. empt. & ad d.l. ex empto 11. §. idem ait non tradentem. ff. eodem.* Expressiùs *in l.si jactum 12.ff.de actio.empt.* hoc Cel-

67

sus

fus tradidit: *Si jactum*, inquit, *retis emero, & jactare rete piscator noluit, incertum ejus rei æstimandum est: si quod extraxit piscium, reddere* (pro tradere) *mihi noluerit, id æstimari debet, quod extraxit.* Ecce utroq; casu præcisè & omnimodo non cogitur ad factum vel jactandi rete, vel tradendi captos pisces, quos tamen vendiderat & in promptu erant. Quo planè evertitur distinctio, utrum rem habeat, & possit tradere nec ne. Quæ distinctio vehementius impugnatur *per l. 4. C. actionib. empt.* ubi Diocletianus & Maximinianus simpliciter & sine distinctionis fœdere rescribunt, *si traditio rei, procaciâ venditoris non fiat, quanti interesse arbitratus fuerit præses, tantum in condemnationis taxationem deducetur.* † Quid verò est, *procaciâ venditoris non fieri*, aliud quàm temerariè & impudenter rem, quam potuisset optimè, non tradere? Illud enim vox *procacia*, arguit. Idem enim est, ac si dicas ἀσέλγεια καὶ ἀκόλασον, omnis virtutis justitiæque expers, & impudentissima temeritas: Atque ita omnem excludit colorem, quo fucari vel excusari posset, rem non tradi: qualem tamen isti putant occurrere, non nisi difficulter, præstari posse. Et 1. non obstant, quæ pro Martino in diversam partem adferuntur: cùm *ad dict. leg. qui restituere.* paulò antè responsum sit, eo loci non tractari de hac formula, *quod te mihi dare facere oportet*, sed de illa, *ajo jure Quiritum hunc fundum meum esse.* In *leg. fin. Cod. de fideicommiss. libert.* reprehenditur judex qui condemnaverat reum heredem in æstimationem litis, quem debebat condemnare, ut servum legatum libertatis imponendæ gratiâ daret legatario. Libertas autem à nemine, nisi domino, datur. Itaque in illa facti specie non tenebatur heres facere, sed dare: atque 68

ita ad præsentem quæstionem non pertinet, quæ de faciendi obligatione mota est. Sic quod *in §. perficiuntur. versic. & ad exemplum. Inst. de donat.* non ἁπλῶς, sed κατὰ τί accipiendum est: nempe pactum de donando hodie habere necessitatem tradendi sive dãdi, sicuti etiam venditio habet: sicut enim venditor non tradens quanti interest convenitur; ita qui donandi causa pacto promisit, dare facere cogitur, non minus ac si contraxisset, stipulanti promisisset, vel vendidisset. At in eo differunt, nec hanc differentiam tollit ibi Justinianus: nempe ut venditor quanti interest, donator de ipsa re promissa exigitur. Ratio, quia venditor tradere tenetur, & ita facere obligatus est: donator verò dare, & ita obligatio est dandi ex pacto de donando. Necessitas igitur traditionis & in venditione & pacto donationis eadem est, sed non eodem modo: quia nec eâdem formâ, nec fine eodem. Eadem mens Pauli est *in d. tit. 13. lib. 1. sent.* præsertim cùm ex eodem hæc sententia apertè probata sit. Et hæc frequentiore calculo placuit Bartol. *ad l. 1. ff. de action. empt.* (tametsi liberum permittat emptori, utrum petere malit, cùm non sit nudum factum. *num. 12. & 13.* cui tamen refragatur *l. si fundum 114. h. t. & ibi Jason in princip. & fin. per l. si rem tradi. hoc tit.*) Item Jas. *in d. l. stipulationes non 72. & in dict. leg. si fundum 114. hoc tit.* Castrens. *in dict. leg. 1. maximè in fin. princip. ff. de action. empt.* Alexand. Imol. *ad leg. ita stipulatus. h. t.* Azo. *in sum. Codic. de action. empt. num. 6. 7. & 8.* Wesenbec. *consil. 42. num. 100.* qui communem asserit Donel. *ad leg. 72. versic. Celsus. nu. 49. h. t.* Deinde etsi largiendum foret, præcisè teneri venditorem, si rei copiam habeat ut tradat: tamen ne sic quidem obstabit nostræ conclusioni: quia factũ illud

illud venditoris tradendi, nudum non erit, *ut in leg. si rem 28. h. tit.* sed factum dandi, *ut in l. ubi autem 75. §. fin. h. tit.* aut certè mixtum; cùm teneatur rem emptoris facere, aut certè usucapiendi potestatem præbere, & sic quasi dominum traditione suâ facere: *leg. 2. §. 1. ibi Dd. l. 3. l. ex empto 11. vers. & in primis. §. venditorem. de actio. empt.* Duodecimum, quod ex Cludio adfertur, nihil urget: imò conclusio nostra multò magis *per dict. l. si fundum 114. h. tit. & dict. l. 8. de oper. libert.* confirmatur, ut suprà vidimus, & textus ad oculum demonstrant. Apertè enim *in dict. l. si fundum 114.* traditur, si fundus ea die non præstetur, agi ad id, quanti interest moram facti non esse: Et *in dict. leg. 8.* operæ pars petatur, non veluti opera, sed ut pecunia debita, hoc est, æstimatio ejus pro parte. *l. 4. l. 6. eod.* † Restat postremum 69
ex l. fin. Cod. de novation. Sed respondetur *ex l. obligationum ferè 44. de action. & obligat.* commissâ faciendi stipulatione, non fieri propriè, sed quasi novationem, uti etiam per eventum conditionis non novatur id, quod erat in conditione, sed reverâ nunc quid debeatur, ostendit. Atqui *d. l. fin. Cod. de novat.* agit de veris novationibus, & de iis actibus in quibus veteres novationem factam esse diversimodè interpretabantur: ut suprà quoque *cap. 5. num. 54. 56. & 87.* admonebamur. Nihil quoque negotii facessere *dict. l. magis puto. §. sed si pater. ff. de reb. eor. qui sub tut. d. l. fistulas. §. 1. ff. de contrahend. empt.* ex eo liquet, quòd necessitas tradendi adest ob id; quia nisi tradantur ejusmodi res, pupillus, ut heres, exigeretur in id, quod interesset. † Excipiuntur autem & hîc quidam casus apud 70
Bartol. Jason. *num. 31. & seqq. in d. l. stipulationes non 72.* & Gomezium *d. tom. 2. variar. resolution. cap. 10. num. 22.* qui tamen non omnes meo judicio huc spectant.

Nam, quod quis in judicio tam civili denegando actionem vel exceptionem, aut quo alio modo *l. certum. ff. de cõse ff. ibi Bart. Bald. Alberic.* quàm criminali per torturam cogitur præcisè verum dicere & confiteri stantibus indiciis. *l. 1. & tot. tit. ff. de quæstio.* non ex lege conventionis, de quâ hìc quærimus, sed ex usu judi-
71 ciorum, & commodo Reipubl. est. † Et quòd oporteat potiùs scandalum fieri, quàm veritatem opprimi. *cap. estote. extr. de verb. signif.* Sic, ut per vim extortam obligationem stipulator actione, quod metus causâ, acceptam ferre compellatur, ex edicto est, quo ejusmodi gestum negotium ratum nõ habetur, non ex partium conventione: & nisi hìc omnimodo reum liberare cogeretur, non posset videri edictum finem suum esse assecutum: & quid esset lex? quid edictum sine executore? Quæ etiam ratio est, cur tutores teneantur omnimodo pupillos tueri & res eorum administrare: tametsi negligentes, aut nolentes non tam ad faciendum quàm in id, quod interest, omneque damnum cum infamiæ nota cõdemnentur & tanquam suspecti removeantur: ut potiùs metu hujus pœnæ sponte cogãtur, quàm per facti impositionem præcisè expediendi. Sed & suprà ostensum est *d. l. qui restituere. de rei vendic.* & si quę ejus generis alia, judicis exsequentis officium spectantia, huc non quadrare, ut nec casus *in l. fideicommissa 11. §. fin. ff. de lega. 3.* In depositario, commodatario, pignus liberatum habente creditore, & si qui alii, eadem est ratio quæ in quolibet malæfidei vel quo alio rei alienæ possessore. *l. sive possidet 11. Codic. de probat.* quia non tenentur rem suam, sed quæ agentis est, tradere: Ideoque mirum non erit, hos præcisè compelli restituere, cùm illud ad executionem spectet,

ctet, nec aliud hîc sit in obligatione, quàm hoc unicum, ut restituatur res, *§. item is cui. §. præterea. §. fin. Inst. quibus mod. re contrah. oblig.* Imò non est nudum factum, sed juris: quia principaliter hac conventione id actum erat, ut illud factum restituendi officii causâ exhiberetur. Secus autem est in qualibet alia facti promissione, etiamsi venditor tradere promisisset; tum quia de suo tradere dixisset, tum quia hîc non solùm illud factum est in obligatione, sed tacitè etiam id, quod interest, cùm non officii causâ principaliter facere debeat. *Jason ad l. stipulationes non dividuntur 72. num. 35. h. tit.* Quam ob causam, nec venditorem excipimus. † Repudiamus quoque penitus sextam Gomezii exceptionem, quando factum promissum est, electam personæ industriam habens, ut si quis promisisset Grammaticam, aut jura docere, vel profiteri; etenim inter artificem, cujus personæ electa sit industria, & cujus non sit electa, textus nostri juris non distinguunt. † Imò si acutiùs *leg. si insulam 84. hoc tit.* inspiciamus; deprehendemus hanc distinctionem subverti. Siquidem si insulam ædificare quis promisit, id quod interest præstat; si nolit facere. Ædificare autem, quin sit artificis, cujus opera & industria electa, nulla dubitatio est. † Quin etiam operas officiales & fabriles, ut plurimum artificiũ habere quis dubitat? Extat hoc enim *in leg. 1. l. 3. l. 6. Operæ 9. in fin. l. ejus 16. l. quotiens 24. & tot. tit. ff. de oper. libert. leg. inter artifices. ff. de solutionib.* Attamen *in d. l. in stipulationibus 54. §. operarum. hoc tit.* traditur, invitum libertum non compelli, si malit æstimationem operarum dare: cui etiam consentit Ulpianus *in dict. l. stipulationes non 72. vers. Celsus. hoc tit.* ubi enumeratis tam artificialibus, quàm inartifi-

72

73

74

cialibus factis & operis, hanc generalem subjicit regulam: *ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*, &c. Et quæ esset iniquitas ingenuarum artium peritos magistros ac professores invitos ac reluctantes potius cogere omnimodò artem suam exercere & docere, nec ejus, quod interest, solutionem admittere, si hoc mechanicarum professoribus & peritis liberum foret? Non liberales, sed illiberales videri possent artes. Si tamen extrema Reipub. necessitas urgeret; puta si alius haberi non posset, tum tandem favore Reipubl. hanc Gomezii restrictionem conclusionis nostræ admitterem: nam
75 & in cæteris artificibus locum sortiretur. † An autem fallat hęc conclusio in eo, qui jurejurando promisit: in controversiam venit. Nam etsi libertus, ut libertus, operas promittens, non aliter, quàm stipulatione, vel jurejurando obligatur: tamen generaliter ei permittitur æstimationem solvere, nec cogitur præcisè facere. *dict. l. in stipulationibus 54. §. operarum. h. tit. l. 4. l. 6. ff. de oper. liber.*
76 † Deinde juramentum intelligitur secundùm naturam actus, super quo interponitur *l. fin. Cod. de non numer. pecun. l. fin. ff. qui satisda. cog. ibi gloss. & interpp. cap. quemadmodum. extr. de jurejur. Andr. Tiraquel. ad l. si unquam in præfat. num. 105. Cod. de revoc. dona.* Igitur, cùm natura insit huic principali promissioni, ut omnimodo facere non cogatur, si paratus offert facti æstimationem; utique hanc etiam naturam juramentum imitabitur, & conditionem negotii principalis recipiet; *per dict. cap. quemadmodum. extr. de jurejur. l. fin. ff. de liber. cauſ.* ne plus sit in confirmante, quàm confirmata: eamque sententiam Anton. de Butri. *in cap. 1. colum. 22. extr. de judic. & in cap. per tuas. extr. de arbitr.* ubi idem sentit Innocen. Petr.

Petr. de Ancon. & Johan. de Anan. *in cap. fin. extr. ne prela. vices suas sub ann.* Imol. sibi contrarius *in l. 2. §. sed si quis. ff. de dona.* Rapha. Fulgo. *ad l. si pecuniam 5. ff. de condict. caus. da.* † Contrarium tamen, nempe ob ju- 77
ramẽti religionem cogi omnimodo ad factum promissorem frequentiore calculo receptum est, *gloss. in dict. l. si pecuniam 5. vers. necesse habeas. ibi Bald. & Jas. num. 23. ff. de condict. caus. da. Bald. colu. 9. vers. nunc quæro de aliquibus. & Salyc. col. 16. ad l. unic. Cod. de sent. quæ pro eo quod inter. Panorm. ad cap. veniens. extr. de jurejur. Jas. in dict. leg. stipulationes non 72. num. 33. h. tit. Anton. Gomez. d. tom. 2. variar. resolut. cap. 10. num. 22. vers. quartus casus est. Franc. Vivius lib. 2. commun. opin. concluſ. 200. num. 2. vers. obligatus. Anton. Gabriel. comm. opin. lib. 2. tit. de jurejurand. concluſ. 8.* maximè jure canonico, secundùm quod omne juramentum servandum est, quod sine detrimento æternæ salutis observari potest. *cap. cum contingat. extr. de jurejur. cap. 2. de pact. lib. 6.* Nec dici potest, hoc cum legis dispositione pugnare. Etsi quidem in his, quæ legibus prohibita sunt fieri, tametsi ob causam merè politicam rectiùs feciſſent Canones, si hac in parte autoritatem legum & majorum magistratuum non suggillaſſent: cùm ordinationi honestæ standũ sit, Apostolo teste *Rom. 13.* tamen illud huc trahi non potest, cùm conclusionis nostræ ratio non consistat in prohibitione legis, sed conditione tacitę conventionis: cui uti pacto, ita etiam jurejurando derogare, sibiąue ipsi legem imponere licet. Deinde egregiè facit *text. in dict. cap. ult. extr. ne prela. vic. suas.* Nam etsi regulariter non est permissum, sub annuo censu regimen eccleſię alii committere (quàm bene id verò hodie custodiatur à pontificiis, exempla docent) si tamen fidei asseveratio, hoc est, jusjurandum su-

per ea re præstitum fuerit, cõventioni erit standum, & invitus cogetur huic facto clericus stare. Facit in eandem sententiam *c. ex rescripto. extr. de jurejur.* ubi obstagium de jurejurando confirmatum adimpleri etiam per monachos jubetur, nec juvatur mulier SCto Vellejano. *& in c. ex literis 9. c. sicut ex literis. ext. de*
78 *sponsalib.* † Itaque etsi prædictæ rationes aliquid coloris, secundùm jus civile habere videantur, cùm eo jure per se juramentum non sit obligatorium nisi in liberto; cùm tamen periculum animæ subsit, magis est, ut hac in parte, jus Canonicum usu receptum non tam pontificis, quàm morum, religionis, & salutis animarum autoritate sequamur. Quorsum etiam hoc jusjurandum esset appositum, nisi eo animo factum interpretaremur, ut omnimodo ipsum præstaretur factũ, quatenus non obstâret nimia difficultas: cùm semper robur & majorem efficaciam præter & ultra naturam actus, super quo interponitur, addere id oporteat. Cano. *ad c. 1. extr. de jud.* Alex. *ad l. si convenerit. ff. de jurisd. om. jud.* Jas. *ad l. 5. nu. 25. vers.*
79 *unde ego. de condict. caus. dat.* † Deinde regulam istam, quòd juramentum debeat intelligi secundùm naturam actus, super quo interponitur: Jason *in d. l. si pecuniam 5. num. 25. ff. de condict. caus. dat.* falsam credit: nec confirmari *per dict. leg. fin. Cod. de non num. pecun.* Siquidem in principali negotio ibi peracto deficiebat consensus, cùm obligari nollet, nisi proficiscente pecuniâ: ideoque nullâ principali obligatione ob defectum consensus apparente, defecit etiam accessoria robur additura. Proinde conditiones, de quibus agitur *in c. quemadmodum. ext. de jurejur.* tales sunt, ut ob honestatis & absurdi inde secuturi non possint videri tacitâ renunciatione per jusjurandum remis-

remisse: proinde non præsentem statum, sed futurum concernebant. Ideoque etiam ei conditioni, quæ nunc est, censetur jurejurando renunciasse; nec potest querelam de eâ movere: at si pòst eâdem accidente conditione status mutetur, non oberit juramentum. † Nam & aliâs juratæ renunciationes & promissiones intelliguntur rebus ita stantibus. *Corn. consil. 80. consil. 291. volum. 4. Paris. consil. 3. num. 27. 28. 29. volum. 2. Georg. Natta ad c. quamvis. de pact. in 6. num. 17. 59. & ut Alciat. ad leg. 1. Cod. de pact. num. 26. & seqq. per l. quod Servius. ubi Bart. ff. de condict. caus. dat.* ait, ita intelligi debet, rebus sic se habentibus & ex præsenti causâ. *l. qui cum tutoribus. ff. de transaction.* Quia autem in hac quæstione tractatur de ea conditione, quæ in præsenti inest principali obligationi, nec quid turpitudinis vel absurdi habet: nihil ergo commune habet cum facti specie *in d. c. quemadmodum.* 80

V. CONCLUSIO.

Sive † autem unus, sive plures promiserint, tam correi debendi, quàm fidejussores, singuli in solidum obligantur: adeò ut liberum sit stipulatori eligere, à quo petere velit solidum: eoque non satisfaciente ⌣ recursum habeat ad cæteros vel correos vel fidejussores. 81

l. 2. l. 3. §. 1. l. reos. l. propter. ff. de duob. reis. l. creditor 2. l. exprimere 3. l. fin. Cod. de duob. reis. §. penult. Inst. & d. l. 3. l. reos 23. Cod. de fidejusso. l. inter eos. ff. eod. §. si plures. Inst. eod. Et hoc in eo, qui solus & unicus est, omni caret difficultate. Nullus enim est, cum quo divisa possit videri obligatio. Si plures verò sint promissores ejusdē rei

vel pecuniæ, videndum utrum singuli solidum promiserint, an verò partes. Nam si in certam partem se singuli obligaverint, ultra eam exigi nõ poterint: quia hæc pars vel sortis integræ, vel alicujus alterius rei, aut pœnæ, sola & unica in cujusque stipulatione, tanquam solidum & totum quiddam invenitur.

82 † Idcoque nec correi videri possunt, qui ab initio pro diviso quid promiserunt. *l. si id quod. l. eandem. §. 1. ff. de duob. reis. l. si servum. h. tit. Bart. ad l. eandem. in princ. & §. 1. ff. de duob. reis.* nec confidejussores, qui divisim & in partes, etiam pro eodem apud eundem intercesserunt, *l. fidejussor 9. l. si plures 27. leg. si à Titio 43. ff. de fidejuss.* Eoque spectant, quæ de duobus reis stipulandi & promittendi, ac confidejussoribus disputata sunt *cap. 5. concluſ. 10.* & de fidejussorum obligatione *cap. 6. concluſ. 23. & 24.* Quibus ex locis patet, duorum reorum promittendi, sive confidejussores sint sive non sint: (nam & confidejussores correos promittendi esse diximus) hanc summam esse obligationem, ut singuli solidum debeant ejusdem rei: ideoque ab alterutro solidum peti possit, etiamsi credita pecunia ad unum ex reis istis pervenerit, *l. 4. Cod. de duob. reis.*

83 † Quandoquidem stipulator à singulis partes, si spõte velit, petere haud prohibeatur. *leg. 3. §. 1. l. reos. ff. de*

84 *duob. reis. §. penult. Inst. eod.* † Nec obstat quod *in l. item si filius fam. 7. §. idem ait si duos. ff. de SCto Macedon.* dicitur, *Si duos reos accepero, filium familiâs & Titium, cùm ad filium familiâs esset perventura pecunia; ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fidejussor auxilio SCti uteretur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam.* Quo loco JCtus agit de filiofamiliâs in fraudem SCti mutuante: & ne fraus deprehendatur, se unà cum Titio non fidejussorem, sed correum promittendi constituente.

tuente. Quæritur, an ab hoc filiofam. vel ejus correo Titio cum effectu pecunia solida peti possit: an verò uterque, vel alter eorum tantùm in solidum teneatur, vel pro rata portione? Respondet JCtus, cùm fraus quæsita sit, & facta SCto, exceptionem SCti utilem esse futuram, sive petat à Titio creditor fraudem hanc sciens, sive ab ipso filiofam. & ita penitus hanc obligationem infirmaturam. Nam colorem adhibuit in fraudem SCti, quod in effectu vetat hoc casu fidejussorem accipi, ut teneatur, & ne videretur fidejussor Titius; eum tanquam reum principalem accipere creditor maluit. Quod ergo beneficium fidejussori filiifam. profuturum, utique etiam huic Titio ejusque correo proderit: ne ex fraude sua creditor commodum sentiat. † Beneficium autem SCti de infirmanda obligatione non solùm ipsi filiofamiliâs, sed & fidejussori ejus competit & prodest, modò non donandi gratiâ nec fraudis conscius interceserit; *dict. d. item si filiusfamiliâs 7. §. 1. (qui est in aliis. leg. sed Julianus) ff. de SCto Macedon. leg. sed si paterfamiliâs 9. §. non solùm. ff. eod. leg. exceptiones 7. §. idem dicitur. ff. de exception.* Quod si Titius donandi causâ unà promisisset, ipsi ne quidem pro parte prodesset exceptio, quia solidum promisisset, ut nec fidejussorem juvaret; quia solus cum effectu obligatus reperiretur *per dict. leg. sed si paterfam. 9. §. non solùm. ff. de SCto Macedon.* † Quare non rectè Bartol. *ad Authent. hoc ita. Codic. de duobus reis. num. 69.* ex hoc respõso conatur elicere, ab initio inter duos reos promittendi divisam censeri obligationem, nec in solidum, sed ratam partem exigi, si colore quæsito duo fidejussores, tanquam duo rei ejusdem obligationis principales accepti sint. † Sed nec duorum socio- 85 86 87

rum reorum obligatio per partes est divisa, eò quòd in lege Falcidia inter duos socios obligatio dividatur *juxta leg. in lege 62. ff. ad leg. Falcid.* Imò verò cùm in ratione legis Falcidiæ inundâ hoc speciale sit, ut duorum sociorum reorum obligatio pro rata actionis pro socio dividatur; consequēter id apparet, neque ab initio eorum obligationem divisam esse, neque regulariter divisam censeri. Deinde, non agitur *in d. l. in lege 62.* de dividēda, vel divisa obligatione inter duos reos debendi vel credendi socios & nō socios respectu hoc modo contrahentium: neque etiam quatenus ipsi inter se sunt, vel unius ejusdemq; rei stipulandi aut promittendi correi: sed legatorum ac fideicommissorum intuitu, ut constet, quantum in defuncti correi vel debendi vel credēdi sit patrimonio, quantumque ex singulis legatis detrahi debeat.

88 † Tantum autem in bonis est, quantum deducto ære alieno supersit, quantumque in actionibus. *l. tantum quisq; de verb. sign.* si jam defunctus correus cum correo suo socius fuerit, & ob communem societatem obligatio contracta, facilè apparet, quid quantumque ob hanc obligationem sit in actione pro socio futurum, sive à defuncti herede solidum, sive ab altero correo petatur, aut etiam pro rata portione exigatur. At eadē certitudo esse nequit, si defunctus correus cum correo societatem nullam habuisset: nam tum ex pendenti est, utrum debitum integrum ex hujus, an illius correi debendi bonis, tanquam æs alienum, sit detrahendum: aut si credendi

89 sint, computandum. † Ergo vel *per dict. l. in lege Falcidia.* confirmatur illud, quod *in l. vero. ff. de solution. & l. Herennius. ff. de eviction.* responsum est, invito stipulatore, non posse correos debendi, eorumque here-

des

des & legatarios conditionem obligationis mutare, & efficere ne à se solidum petere liceat. Quippe res inter alios acta aliis non nocet, neque præjudicat. *tit. Cod. res inter alios act.* neque creditorum jus mutat pactio debitorum. *l. 3. de transactio. l. debitorum. C. de pact.*

† Sed nec pacto in continenti adjecto hoc effici po- 90
test, ut duo rei promittendi sint tantùm pro parte obligati, singuli non in solidum: cùm nec tacitò ita convenire liceat: *l. reos 11. §. cum tabulis. ff. de duobus reis.* quia hoc pactum pugnaret cum formâ & naturâ hujus conventionis: tùm quia qui pro parte etiam indivisâ eandem rem vel summam debent eidem, nõ possunt magis correi promittendi videri, quàm duo fidejussores dici confidejussores, qui singuli non in solidum, sed in certam ac definitam crediti partem singuli fidem suam adstrinxerunt, per ea quæ *cap. 5. concluſ. 10.* latè disputata sunt. † Eadem ergo ratio 91
est fidejussorum, quæ correorum promittendorum: nisi enim singuli in solidum fidejusserint, in solidum quoque exigi vel conveniri nequeunt: cùm confidejussores non sint, sed ab initio divisam habeant obligationem, quia pro diviso promiserunt, *per dict. leg. fidejussor 9. l. si plures 23. dict. l. si à Titio 43. ff. de fidejuss.* At si plures pro una eademque obligatione simpliciter vel nominatim singuli in solidum accepti fuerint, singuli quoque in solidum tenentur & conveniuntur, & exiguntur, quia non simpliciter fidejussores sunt, sed confidejussores, & ejusdem obligationis ac rei apud eundem adpromissores: ideoque liberum est stipulatori à quo velit solidum petere; nec distinguitur, utrum ex pecuniâ debitâ aliqua portio, vel tota ad alterum confidejussorum pervenerit: puta 100 mihi debebas: à Titio ut mihi

solveres eos mutuò accepisti, ac me & Cornelium confidejussores apud Titium fecisti: certè Cornelio non proderit istam pecuniam ad me perveniſſe: cùm textus indistinctè loquantur *in leg. 3. leg. liberum. l. sicut. l. reos. Codic. de fidejusso.* & iniquum esset futurum, si ego solus, & non etiam Cornelius, solidi fidejussor esse cogerer. Quinimò in tantum censentur fidejussores obligati, ut non solùm inter confidejussores ipso jure non censeatur divisa obligatio, & liberum sit, quem ex iis convenire malit creditor. *dict. l. 3. in fin. dict. l. liberum 16. d. l. sicut 21. dict. l. reos 23. Cod. de fidejuss. §. si plures. Instit. eod. l. inter eos. ff. eod.* verùm etiam omisso reo principali poterit statim convenire fidejussorem, vel aliquem cõfidejussorum, aut omnes, si naturam obligationis spectemus. *dict. l. 2. in princ. l. 3.*

92 *l. 5. Cod. de fidejuss.* † Nam hæc natura est omnis omnino stipulationis, ut quod purè promissum est, statim

93 exigi possit. *§. omnis. Instit. h. tit.* † Nisi igitur nominatim factus quis sit indemnitatis promissor, ut facti species est *in leg. fin. ff. de reb. credit. si cert. pet.* ordo non datur, ut priùs excutiatur reus principalis; & pòst ad fidejussores recurratur: *per dict. leg. 2. cum similibus.*

94 † Quid? an hoc indistinctè ita est? Sanè, si naturam stipulationis, qua & correi promittendi, & fidejussores constituuntur, contemplaremur: si verò æquitatem Imperatorum quorundam rescriptis & constitutionibus in forum Romanum receptam, sequamur, fatendum est, nonnihil hujus rigoris remitti. Quid igitur illud sit, hîc paucis percurremus.

95 I. DECLARATIO. † Hæc ergo ita sehabent, si jus antiquum spectemus: si verò Novellas constitutiones attendamus; fidejussor non priùs conveniri

pote-

poterit, quàm excussis primùm bonis rei principalis præsentis, qui solvendo est, vel esse creditur. *Novell. 4. ibi Cujac. de fidejusso. & manda. auth. præsente. C. de fidejuss. ubi Bart. Bald. Saly. Cyn. Joh. Sichard. post glos. Anto. Gomez. to. 2. var. resol. c. 13. nu. 14. Gail. obs. 27. & 28. lib. 2. Donell. ad l. 2. Cod. de fidejusso. Mynsi. obser. 15. cent. 2. Hippoly. de Marsil. ad Rubr. de fidejusso. num. 7. Johan. Ferrarien. in pract. in form. actio. hypoth. vers. exceptionem excussionis. num. 1. Wesenb. cons. 10. vol. 1.* † Hoc enim præsumitur actum, ut defi- 96
ciente reo principali, fidejussores indemnem curent creditorem. Quod quidem olim permittebatur, si diserte indemnitatis fidejussor quis factus: *dict. l. fin. cum ibi not. a. ff. de reb. credit. si cert. pet. a. l. 10. 116. h. tit. l. si decem 21. ff. de solution.* Verùm hodie *per dict. Novell. 4. & dict. auth. præsente. Cod. de fidejuss.* beneficium est commune: modò solvendo sit, & facilè queat conveniri reus principalis. *d. Novell. 4. & d. Authent. præsente. atq; l. fin. ibi Dd. de reb. cred. si cert. Barthol. Socin. Regul. 134. lim. 5.*
† nec huic beneficiò (licet renunciari posse neget 97
Vasq. lib. 1. illustr. controvers. 33. num. 25; eamque negativam communem post eum asserat *Johan. Fichard. in addit. ad Baptist. à Villalob. verb. renunciatio. num. 22.*) specialiter renunciatum sit, *gloss. ad §. si quis igitur. verb. accedat. Novell. de fidejusso. Bald. num. 6. in dict. authen. præsente. Johan. Petr. Ferrarien. in form. libel. contra plures reos. verb. intercesserunt. num. 5. Hippoly. de Marsil. de fidejusso. num. 7. Corn. consil. 111. num. 8. volum. 1.* quam magis communem credo, cum Michaele. Grass. *libr. 1. opin. cap. 11. quæst. 5.* neque etiam animo transferendi in se obligationem principalem, se expressè fidejussores constituissent reos principales, quos nostri appellant selbstschuldiger. *gloss. in dict. Novell. 4. cap. 1. verb. fidejussorem. Decius in leg. fin. num. 72. de rebus credit. Andr.*

Gail.obſerv.28.num.4.lib.2.Schneidew.in.in §. ſi plures.num. 11.& 12. Inſtitut. de fidejuſſ. Matth.Coler. de proceſſ.executiv. part.1.cap.10.num.260.261.262. De qua renunciatione, cæterisque reſtrictionibus, & præſertim, quòd hoc beneficio non gaudeant argentarii, campſores, mercatores & ſimiles, ob negotiationum celeritatem & ſummam, quæ in illis requiritur, fidem, videnda *Novell.4.§.fin. Bald.ad l.fin. in fin. Cod.ad leg. Falcid.ſatis latè Hippoly.de Marſil. ad Rubr. de fidejuſſo. à num.7. uſque ad num.27.Mynſing.d.obſerv.15.cent.2. And.Gail.obſ.27.& 28. lib.2.Weſenb.conſ.10.vol.1. poſt Bart.Bald.Caſtr.& alios interpp.in dict.authent.præſente. Zaſ.ad l.ſi ego. ff.ſi cert.pet. gloſſ.Angel.Mynſ.Schneidew.& alii ad tit.Inſtit.de fidejuſſo. Roland.à Valle conſ.79.tom.1.Anton.Gabrielius lib.3.commu. concluſ. tit. de fidejuſſorib. concluſ. 1.* ubi plures adferuntur reſtrictiones: veluti ſi agatur contra commodatarium vel depoſitarium: cùm commodatarius & depoſitarius non poſſideant, ſed detineant tantùm. *l. commodatæ.ff.commod.l.licet 17.ff.depoſ.l.generaliter.de acquirend. poſſeſſ.* & hæ res omnimodo reſtitui debeant.

98 *Anton.Gabriel.dict.concl.1. nu.62.* † Item ſi fidejuſſor judicii cauſa acceptus: nam cùm is, qui ſemel contempſit autoritatem prætoriam, nec judicio ſteterit, deinceps quoque contumax futurus præſumatur, ne eluſoria fiant judicia, non permittitur, *dict.auth.præſente.* extendere ad cautionem judicium ſiſti; *gloſſ.ad leg.2.ff.qui ſatisda.cogunt. Mynſing.dict.obſerv.15.cent.2.*

99 † Eadem ratio eſt, cur fidejuſſor in cauſa criminali acceptus judicio ſiſti, & carceris evitandi causâ, hac exceptione non utatur; *Bald.ad leg.2.§.ſi quis.ff.qui ſatisda. coguntur. Bertachin.in repertor. verſ. diſcuſſio. Anton.*

100 *Gabriel. dict. concluſ. 1. num. 105.* † Nam & generaliter fidejuſſori facti, hoc eſt, qui pro eo, qui de faciendo obli-

obligatus est, non competit, cùm natura iterùm non sit idem in accessoriâ hac obligatione, quod est in principali, nec factum præcisè debeatur. *Bald. ad leg. 1. col. 3. Cod. de convent. fisc. debit. lib. 10. Gabriel. dict. conclu. 1. num. 110.* † Sed & ob mendacium suum fidejussor hoc beneficium amittit; quando videlicet negavit se fidejussorem, & post convictus est, *l. si dubitetur. §. ubi Angel. Bart. Castrens. ff. de fidejuss. Bald. ad auth. contrà qui propriam. Codic. de non num. pecun. colum. 2. in fin. Jas. ad leg. 1. num. 11. Cod. de transaction. & ad l. quod te. num. 31. ff. de reb. cred. si cert. pet. a. Gabrielius dict. conclus. 1. num. 79. Mynsi. dict. obser. 15.* modò dolo & fraude negaverit, nec errorem vel probabilem ignorantiam facti alleget ac doceat. 101

† Cùm secundùm Jasonem *in d. l. 1. nu. 15. C. de transact.* pœna negantis nunquam locum habeat, nisi propter dolum & fraudem, & calumniam, *Bald. ad cap. vasallus feudum quod sciens. si de feud. defunct. content. gloss. ad leg. si. & ibi Angel. ff. de rei vin. dic. per illum text. l. fin. Cod. de furt.* Reliquos casus exceptos repetere licet ex Anton. Gabrielio *in dict. conclus. 1. libr. 3. titul. de fidejussoribus.* 102

† Ubi hoc in quæstionem venit, utrum cùm hęc exceptio excussionis sive ordinis (sic enim vocant) dilatoria sit, ante litem contestatam tantùm opponenda; an verò etiam postea admitti debeat? & certè nō postremæ authoritatis JCti occurrunt, nempe Cyn. Bald. Salycet. *ad dict. authen. præsente.* Guido Papa *decis. 94. num. 1.* Ronchegall. *de duobus reis. ad leg. 2. num. 13.* Bartol. *ad l. prolatam. num. 2. Cod. de sent. & interloc.* Bart. Bald. & Castrens. *ad leg. fin. ff. de reb. cred si cert.* Castren. *ad d. l. decem. h. t.* Alexand. *cons. 33. vol. 4.* Paris. *cons. 50. nu. vol. 1.* qui contendunt ante litem contestatam tantùm admitti: cùm dilatoria sit, nec obligationis vel actionis substantiam perimat: & juris sit, omnem 103

dilatoriam esse ante litem contestatam opponendâ. *Bart. ad l. 3. num. 6. ff. de except. l. ita demum. ibi Dd. Codic. de procura. l. fin. C. de except. l. peremptorias. C. sentent. rescind.* & hanc sententiam magis communem testatur Ant. Gabriel. *libr. 3. titul. de fidejuss. dict. concluſ. 1. num. 13. & 80. vers. contrarium sumitur.* Cæterùm æquitati magis consentaneum est, ut etiam suscepto jam judicio opponi possit: nam etsi magis differt, quàm perimit fidejussoriam obligationem: non tamen penitus caret vi perimendi: Siquidem si constet solvendo esse, aut debito par inveniat debitor principalis, retrò ostenditur, parcendum fuisse fidejussori, nec ab eo peti
104 potuisse.† Nam & exceptio plus petitionis tempore dilatoria est: *§. tempore. Instit. de except.* quia tamen in præsenti diluit actionem, cùm eam nõdum competere ostendat: ideoque etiam lite jam contestatâ auditur. *§. si quis agens. §. sed hæc quidem. ibi post Jas. num. 7. Placent. & Angel. num. 6. Johan. Schneid. num. 10. Instit.*
105 *de action. l. odiosas. Cod. de plus petition.* † Deinde, qui indemnitatis promissor erat, non solùm ante, sed & post litem contestatam poterat objicere exceptionẽ excussionis, cùm nondum videretur impleta conditio conventionis. *dict. l. fin. ff. de reb. cred. si cert. dict. l. decem. h. tit.* ubi interpp. Atqui hoc eorum beneficium *Novell. 4.* concessit fidejussoribus quibuscunque: ac si tacitè hoc etiam agatur inter contrahentes. Quo diluitur facilè, quòd exceptio sit dilatoria: dilatorias autem ante litem contestatam tantùm opponi: quod verum est, nisi etiam vim quandam perimendæ obligationis sapiant, veluti, si de falso procuratore, de falso judice & ex falso rescripto adito, de pacto vel de quo alio excipiatur; tum enim lite etiam contestatâ, imò post conclusionem in causâ,

oppo-

opponi cum effectu possunt. *l. licet 24. Cod. de procura. ubi Jason & Johann. Sichard. l. privatorum. Cod. de jurisd. omn. judic. l. 2. l. penultim. ff. de judic. Petr. Costalius. ad leg. 1. eod. Jas. ad l. si per errorem. num. 1. & 4. ff. de jurisdict. omn. judic. c. si quis fratres. c. nullus clericus. c. volumus. c. placuit. c. in clericorum 11. quæst. 1. c. 1. c. 2. c. si diligenti. c. significasti. extra. de foro compet. Sebastia. Vant. de nulli. proces. cap. 14. nu. 58.* & hanc sententiam, utpote æquiorem, secuti sunt Petr. interpres vetus ad *d. auth. præsente. glos. in fin. ad l. 3. ff. de exceptio.* Barto. *in consil. incip. quæro an tertius.* Corne. *cons. 85. num. 3. volum. 4.* Jason *ad dict. §. item si quis in fraudem. Instit. de action.* qui communem testatur, modò super eâ ante litem contestatam oppositâ, neque expressè neque tacitè judex pronunciaverit, & reus non provocaverit. *Corneus d. consil. 85. num. 9. 10. 11. 12. 13. 14. volu. 1.* In quam etiam sententiam inclinat Andr. Gail. *observ. 27. num. 3. versic. sed benignior. lib. 2.* tametsi in causâ appellationis non admittatur. Gail. *dict. observ. 27. num. 4.*

II. DECLARATIO. †Quòd si ordinis beneficio non utantur, vel uti nequeant, & ex pluribus confidejussoribus unus aut plures conveniantur, possunt ex epistola Divi Hadriani petere obligationem inter omnes, qui solvendo sunt litis contestatæ tempore, in partes viriles dividi, nec se in plus, quàm virilem exigi: quæ exceptio dicitur divisionis. *§. si plures. Instit. de fidejusso. l. inter fidejussores 26. l. si plures. §. ultim. l. si contendat. ff. eod. l. fidejussor 10. l. reos 23. C. de fidejus. l. 1. §. nunc tractemus. ff. de tutel. & ratione distrah. Anton. Gomez. dict. tom. 2. varia. resolut. cap. 13. num. 15. Hippoly. de Marsil. ad Rubric. de fidejusso. numer. 27. & seqq. Schneidew. & alii in pp. ad dict. §. si plures. Instit. de fidejuss.* †Æquitatis enim arbitrium hoc exigere videtur, ut æ-

106

107

qualitas sit inter æqualiter obligatos. *l. ultim. ff. rem pupilli salv. for.* modò etiam omnes sint solvendo. *dict. §. si plures. Anton. Gomez. dict. cap. 13. num. 15.* Nam quot-quot eorum solvendo non sunt, ex confidejussoribus (de iis enim solis hoc intelligimus, quia soli in solidum sunt obligati; cæteri, qui in certas portiones ab initio & pro diviso interceserunt, eidem apud eundem, hujus beneficii divisionis non egent; cùm eorum obligatio jam sit ab initio conventionis lege divisa, nec in plus, quàm promiserunt singuli, obligari ampliùs possint ex facto alterius; *ut c. 3. conclus. 10. & cap. 6. conclus. 24. l. fidejussor 9. ff. de fidejuss. l. rogatus 33. ff. manda. l. si à Titio 43. ff. de fidejuss.*) cæteros gravat, adeò ut si omnes solvendo esse desierint, uno superstite; hic solus in solidum exigatur. *d. §. si*
108 *plures. cum ibi nota.* † Solvendo esse oportet litis contestatæ tempore; hactenus enim sunt confidejussores sibi invicem periculo: si verò post litem contestatam fortunæ ludibrio bonis eorum aliquis labatur, nocet creditori, nec obest confidejussoribus. *d. §. si plures. vers. qui modò solvendo sunt, litis contestatæ tempore. vers. ideoq; si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Instit. de fidejussor.* eoque sensu etiam accipienda *l. inter fidejussores 26. de fidejussor. vers. ante exactam à se partem. per leg. inter eos. §. penult. ff. eod. Mynsing. in dict. §. si plures. num. 4. & 5. Institut. eod.*
109 † Quòd si dubitetur tum temporis, utrum aliquis confidejussorum solvendo sit, nec ne, periculo ejus, qui exceptionem ex epistola D. Hadriani objicit, & solvendo esse asserit, causa audietur, admissâ cautione. *l. si dubitetur 10. l. si contendat. ff. de fidejusso. Gomez. d.*
110 *cap. 13. num. 15.* † Fidejussoribus autem tutorum, nisi ex personâ eorum, pro quibus fidejusserunt, non

datur

datur. *l. ultim. ff. rem pupill salv. for. l. 5. l. 7. ff. de fidejuss. & nomina. tutor.* Eoque sensu accipiendum est, quod tradit Mynsi. *in dict. §. si plures. num. 6. Instit. de fidejusso.*

† Sic nec duorum reorum, quos singuli dederunt, fidejussores, hoc beneficio utuntur: quia non pro uno eodemque, sed singuli pro diversis debitoribus fidem suam interposuerunt: ac proinde confidejussores censeri nequeunt. *l. si à Titio 43. ff. de fidejuss. l. inter eos. §. duo rei. ff. eod. Mynsing. dict. num. 6.* † Sed nec aliter hoc etiam beneficio gaudent, quàm si confessi sint, se fidejussores esse: quòd si temere & dolo negaverint, & mendacii convicti, tanquam indigni hoc beneficio carent. *dict. l. si dubitet 10. §. ita demum. ff. de fidejuss. Jas. ad l. 1. num. 11. C. de transact. Mynsing. d. num. 6.* †Posse etiam huic beneficio renunciari, non dubitatur propter generalem regulam *in l. pen. Codic. de pact.* Anton. Gomez. *dict. cap. 13. num. 15. in fin.* Utrum autem generalis sufficiat, an verò specialis requiratur renunciatio, sicuti in beneficio cedendarum actionum, examinant Hippoly. de Marsil. *ad Rubr. de fidejusso. nu. 29. 30. 35. 36. & seqq. usq; ad num. 62.* Socin. *cons. 125. num. 19. volum. 4.* Angel. *ad d. §. si plures* Jas. *ad l. sed & si quis 4. §. quæsitum. nu. 11. 12. 13. 14. 15. ff. si quis cautio. judic. sist.* Ronchegallus *ad l. 3. §. ubi duo. fol. 41. 42. & c. ff. de duob. reis.* Wesenb. *cons. 14. n. 13. 14. & seqq. vol. 1.*

III. DECLARATIO. †Si quis confidejussorum, neutro usus beneficio, quamvis in solidum rectè conveniatur & condemnetur, non priùs tamen cogetur solvere, quàm cessis sibi à creditore in debitorem & confidejussores actionib. & pignoribus. *l. 2. l. cùm alter 11. Cod. de fidejusso. l. fidejussor 17. l. cùm is 36. l. ut fidejussor 39. ubi Bart. ff. eod. Anton. Gomez. dict. cap. 13. tom. 2. varia. resol. num. 15. in fin. Hippoly. de Marsil. dict.*

111 112 113 114

115 *Rubric. de fidejusso. nu. 28.* † Nam & hoc æquitatis causâ concessum est, cùm hoc conditione obligationis, quo adstrictus est confidejussor stipulatori, non sit comprehensum, neque confidejussores aliquâ obligatione vel actione obligatum habeat, ne quidem mandati vel negotiorum gestorum: cùm neq; mandatum ei sit à confidejussoribus vel fidejubere vel solvere; neque negotium eorum gesserit, sed se liberaverit: non obstante, quòd suâ solutione confidejussores quoque liberavit, & iis acquisivit exceptionem liberationis. *l. Papinianus. ff. mand. juncta l. in omnibus speciebus. ff. de solutio. l. 7. ff. de exceptio.* ex quo exceptionis acquisitæ genere solet negotiorum gestorum actio nasci. *l. 2. ff. de negot. gest.* quod verum est, si principaliter ejus causâ, cui acquiritur liberationis exceptio, negotium gestum fuerit: secus si solummodo per consequentiam. *l. si pupilli. §. 1. ff. de negot. gest.* Nunc autem, qui solidum fidejussor solvit, hoc egit principaliter, ut suum & debitoris principalis negotium gereret, non ut confidejussorum: nisi enim solvisset, in solidum condemnari potuis-

116 set, aut condemnatus discuti. † Nec facessit negotium, si unus ex pluribus contutorib. solidum solvit, competere adversus contutores utilem tutelæ vel negotiorum gestorum actionem pro rata singulorum parte. *l. 1. §. nunc tractemus. ff. de tutel. & ration. distrah. l. ex facto 30. ff. de negot. gest.* Ratio diversitatis, varia: tum favor pupillorum, ut eo faciliùs solidum consequantur; tum quòd non solùm propriũ, sed & contutorum commune negotium principaliter gesserit: tum denique quòd tutores inviti coguntur communem sustinere obligationẽ: ut meritò sit aliud in fidejussorib. sponte suâ se obligantibus

bus, *per l.si fidejuſ. §. ſi neceſſaria. ff. qui ſatisd.cog.* Quo etiam hoc receptum eſt, ut quamvis utilis actio cõtutori ſolventi detur, non tamen concedatur fidejuſſoribus tutorum ſolventibus ſolidum: quippe nullibi excipiuntur à regula *in d.l.cùm is 36. ff. de fidejuſſ.* imò includuntur regulæ, per ea, quæ interpp. *ad l.1. C. de transact.* † Oportet autem mero jus dicentis 117
officio, vel ope exceptionis cogi creditorem, ut hanc ceſſionem vel faciat, vel promittat ſaltem, dũ ſolvitur: antè enim ab invito creditore poſtulare non poteſt, ut nec poſtea, niſi interim dum fidejuſſor ſolvit, convenerit tacitè vel expreſsè, *dict. l.2. l. cùm aliter 11. C. de fidejuſ.* Antequam enim paratus eſt ſolvere, nullo modo poteſt creditor obligatus videri, ut cedat fidejuſſori actiones ſuas. Quòd ſi ſolutione diſſolutæ fuerint actiones, nihilque conventum de iis cedendis, dum adhuc competebant, fruſtrà ceduntur poſteà, quando jam ſolutione ſunt ſublatæ. *dict. l.2. C. de fidejuſſ. l. Stichum 95. §. ſi mandatu. l. Modeſtinus 75. ff. de ſolution. l.1. §. nunc tractemus. ff. de tutel. & ration. distrah. gloſs. ad l. ut fidejuſſor 39. ff. de fidejuſſo.*
† Quod etſi Bartol. & Caſtrenſ. *ad l. cùm is, qui 36. &* 118
dict. l. ut fidejuſſor 39. ff. de fidejuſ. & in dict. l. Modeſtinus. d. l. Stichum. §. ſi mandatu. ff. de ſolutionib. l. Papinianus. ff. manda. verum fatentur, in duobus reis, & pluribus contutoribus, quorum unus ſolidum ſolvit, nec ſibi in continenti actiones cedi, vel promitti curavit: in confidejuſſore tamen diverſum ſtatuendum putant, nempe ei à creditore, etiam ex poſt-facto poſſe cedi actiones tam adverſus debitorem principalem, quàm confidejuſſores competentes: hac moti ratione: Quia, inquiunt, ut cedi non poſſint actiones adverſus correos & contutores, hæc ratio eſt,

quòd solutione statim ipso jure periit obligatio omnium, cùm eodem obligationis, non diversæ vinculo omnes obstricti fuerint, nec se solùm, sed contutores & correos etiam suos liberatos esse voluerit hic solvens, *per d.l. Modestinus. d.l. Stichum. §. si mandatu.* Atqui obligatio debitoris principalis, itemq; confidejussorum ipso jure statim non tollitur, uno confidejussorum solidum solvente: tum quia non uno eodemque obligationis genere, sed diverso erant obligati: tum quia hoc non agitur ista solutione, ut omnes sint liberati, sed ut se liberet, qui solvit. Ergo non potest idem jus hoc casu statui in confidejussoribus, quod in contutoribus & correis. Deinde, ajunt, actio quæ ipso jure sublata non est, cedi potest: atqui hęc actio creditoris adversus principalem debitorem & cõfidejussores hoc casu ipso jure sublata non est, sed ope exceptionis tantùm juvatur de-
119 bitor, & confidejussores. † Tertiò putant, hanc suã sententiam corroborari *per l. Papinianus 28. ff. mandati*, ubi asseritur, mandatorem solventem pro reo, ipso jure reum nõ liberare; quia propter mandatum suum solvit potiùs nominis emendi causa, quàm ut liberatus esset debitor principalis; ideoq; debere actiones cedi. Mandatores autem & fidejussores æquiparantur *in Rubr. de fidejuss. & mandat.* Quartò in hanc sententiam facere creditur *l. cùm & qui 36. ff. de fidejussor: non enim*, inquit, *in solutum acõpit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit: & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones.* Quintò, quia si ipso jure liberaretur debitor & confidejussor, non opus haberent exceptione. Atqui ope exceptionis doli defenduntur & liberantur: quia dolo faciat, qui petit rursum illud quod solutũ est. Sed magis est, ut

prio-

priori inhæreamus. † Etenim regulare est, ut solu- 120
tione à quocunq; factâ, in qua nominis emptio neque expressè neq; tacitè apparet, ipso jure dicamus sublatam esse obligationem, nõ solùm quo ad principalem, sed & accessoriam quamcunque obligationem. *l. solutione 23. l. si pro me 40. l. solvere 53. l. in omnibus. ff. de solutionibus. §. fin. Instit. de perpet. & temporar. action.* & ut Justinian. *in §. 1. Institut. quibus mod. toll. obligat.* *Tollitur*, inquit, *omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, &c.* *Nec interest*, inquit, *quis solvat: utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente; sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat.* *Item si reus solverit: etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Itemq; ex contrario contingit, si fidejussor solverit, non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.* Liberatio autem nulla est, nisi plena & absoluta sit solutio: nec solutio est, nisi vera ac solida sit liberatio. *l. liberationis. l. solutum. ff. de solution.* Neque dubitatur Justinianum de tali solutione disserere, quæ omni jure plenam ac solidam liberationem adfert, secundùm interpp. ibid. Et eo magis hic textus probat, per fidejussoris solutionem ipso jure & debitorem & confidejussores liberari: quia par virtus tribuitur isti, quæ solutioni per ipsum reum principalem factæ. Per hanc autem ita exstingui, ut nulla, ne quidem utilis supersit actio adversus solventem vel ejus fidejussores, nefas esset dubitare, *per leg. obsignatione. Cod. de solution. l. 9. §. omnis. ff. de pigne. actio. l. acceptam. C. de usur. d. l. liberationis. dict. leg. solutum. ff. de verborum signific. l. in his 5. §. si duos quis. l. quotiens 37. l. si pro me 40. ll. sequentib. l. in numeratione 44. l. solutam 49. l. solutionis 54. l. in perpetuum 61. l. penult. ff. de solution.* Quod ergo amplius non est, cedi non potest: cùm non entium nullæ sint

qualitates. Deinde uno ex confidejussoribus solvente, non minus ille hoc intendit, ut se & confidejussores, & reum principalem liberet, quàm etiam contutor suos contutores, correus solvens suos correos: nec potest nominis emptio magis in illo, quàm in his præsumi, nisi id agatur: cùm non nominis conficiendi vel consequendi, sed liberandi & tollendi gratiâ numeret. Neque verò textus aliquis occurrit, qui expressè hanc juris præsumptionem inducat, fidejussorem solventem videri no-
121 men emere. †Nam quod *in d.l.cùm is qui 36. ff. de fidejussor.* responsum est, non confirmat præsumptionem, sed removet objectionem: neque facti species est, de fidejussore, qui simpliciter solvit, sed cui acceptâ pecuniâ, hoc est, jam dum accipiatur pecunia.
122 †(nam ablativi absoluti etiam præteriti temporis verificantur de præsenti, *Bartol. ad l. 3. §. deinde. ff. de incend. ruin. naufrag. Bertachin. in repertorio, versic. ablativus absolutus.* multò verò magis de præterito imperfecto, & ita de actu adhuc durante) præstabantur actiones: De eo dubitabatur, utrum alicujus momenti posset videri hæc cessio? Ratio dubitandi duplex erat: aut enim nulla jam est ampliùs actio, quæ cedi possit, dum non sit cessa, antequam solutio fieret: aut si qua, dum adhuc esset, cessa fuerit, videri potest similiter in illud tempus cessa, quo non ampliùs erat futura, sed solutione penitus extinctâ. Hanc dubitandi rationem Paulus *in vers. poterit quidem dici.* adducit, & refutat eam *in vers. sed non ita est.* per concessionem & distinctionem; q. d. Etsi quidem hoc ita est, si acceptâ pecuniâ non præstitisset actiones; tamen in præsenti casu hoc secus esse, cùm ipse actus testetur, non simpliciter dissolvendæ obliga-

tionis gratiâ pecuniam numeratam & acceptam esse, sed ut quodammodo nominis emptio & venditio procederet: ideo etiam teneri actiones præstare, quasi ex negotio hinc inde facto; puta do ut facias. At si simpliciter solutionis gratiâ numerasset fidejussor, ex intervallo cessionem sibi fieri frustra urgeret: quia neq; amplius esset, quod præstari posset, neque etiam actio competeret, qua ad præstandum urgeretur. Non ergo generalem introducit præsumptionem juris *in d. l. cùm is 36. de fidejusso.* Paulus: sed specialem ex præsenti actu. † Quare non obstat *d. l. cùm is 36.* quarto loco suprà adducta: imò verò retorquetur, cùm disertè Paulus requirat id specialiter agi eâ numeratione, ut quodammodo nomen venditum sit, & illud præstetur; & nisi agatur, exstinctã censeri penitus obligationem, ita ut ampliùs cedi non possit. Ex his etiam relucet infirmitas secundi & tertii argumenti, cùm præsumptiones facti citra agentium intentionem non oporteat cujusque arbitrio introduci, sed ex legibus colligi. Siquidem ex privato effectu inter privatos parietes generatam & fictam æquitatem, instar juris, in publicum proferre nefas reputatur. Deinde si confidejussores spectemus, negari non potest eos omnes in solidum esse obligatos unâ eademque obligatione, *l. si à Titio 43. ff. de fidejuss.* ut plenè *cap. 5. conclus. 10.* dictum est. † Ubi autem idem jus, ubi ratio eadem, *gloss. ad leg. nam & posteaquam. §. si is qui. ff. de jurejur. gloss. ad cap. unic. de ætat. & qualit. ordinand. lib. 6. Nicola. Eberhard. à Middelburg. in loco 14. legali à pari. num. 2. in fin.* Itaque si propterea cæteri contutores & correi unius solutione liberantur, quia par omnium obligatio; utique etiam idem hoc casu observabitur. Debitorẽ verò ipso

123

124

jure per solutionem fidejussoris liberari, suprà *ex d. §. 1. Instit. quib. mod. toll. oblig. dict. l. solutione 23. l. si pro me 40. l. solvere 53. l. in perpetuum 61. ff. de solution.* probatum
125 est. †Non obstat etiam *dict. l. Papinianus 28. ff. manda.* Multum sanè differt ille casus à nostro. Etenim mandator habet adversus mandatarium actionem mandati, quâ ut obligatum habebat mandatariũ, ut juxta mandati placitum crederet ei, de quo mandaverat: ita etiam in hac actione est, ut nomen mandati causâ contractum cedat recepto precio, quo cõtrahebatur nomen. Igitur, sive naturam contractus, sive finem ejus, sive actionem & eventum actionis spectes, semper hoc actum intelligitur, quòd mandator solvens nominis pretium mandatario, nolit obligationem nominis confecti esse disolutam, sed potiùs salvam, ut sibi secundùm contractus legem & actionis suæ naturam id præstari possit. At nihil horum in fidejussore solvente, cui mandati actio adversus creditorem hoc nomine non competit, ut ejus intuitu possit præsumi emptio nominis potiùs,
126 quàm solutio. Sed nec aliam actionem habet. †Nã quòd *in l. fidejussoribus 17. ff. de fidejus.* responsum est: fidejussoribus succurri, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina: intelligitur de exceptione vel imploratione nobilis officii; non etiam actionis remedio. Et apertè agit de eo, qui paratus est solvere, modò sibi actiones cedantur: non autem de eo, qui jamdudum solvit, & ex post-facto petit sibi actiones jam disolutas cedi. Quare nec à mandatore ad fidejussorem solventem hac in parte procedit comparatio. Equidem si qua similitudo hîc constituenda, potiùs ea occurreret in præsenti circa contu-

torem solventem & mandatorem: quippe contutor solvens pupillo, actione contrariâ impetrare ab eo potest, ut sibi cedat actiones adversus contutores. *dict. leg. Stichum 95. §. si mandatu. versic. quin etiam dici solet. ff. de solutionibus*, non obstante *leg. prima. Codic. de contrar. tutel. judic.* cùm intelligatur de solutione judicati causâ factâ. Et certè *in dict. §. si mandatu.* in hoc comparantur, ut ipso actu censeantur id egisse tutor itemque mandator solventes, ne obligatio exstinguatur, sed nomen venditum putetur: ideoque cedi debeat & ad id invitus etiam cogi.

IIII. DECLARATIO. † Etsi verò correorum debendi itemque promittendi uni convento non competat beneficium ordinis; divisionis tamen & cedendarum actionum exceptione uti poterit. *per Novell. 99. de reis promittend. authen. hoc ita. ibi interppr. Cod. de duobus reis. Johann. Schneidew. ad §. ex hujusmodi. nutmer. 3. & 4. Institut. de duobus reis. ibidem Mynsing. numer. 4. & 5. Hippoly. de Marsil. ad Rubric. de fidejuss. num. 34.* Quod enim lex non cantat, nec nostrum est cantare vel supplere: neque patitur natura hujus obligationis, ut suprà ex definitione correorum colligere licet. † Scio quidem, Bartolum *in d. authen. hoc ita. num. 29. C. de duob. reis. & in l. 3. §. 1. ff. eod. Hippol. de Marsil. ad Rubric. de fidejusso. num. 65. & 371. Castrens. ad l. si pro parte. §. fin. ff. de SCto Macedon. & ad l. sed Julianus. §. fin. ff. de in rem verso. versic. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resol. cap. 12. num. 2. versic. quæro tamen. Alexand. ad leg. Marcellus. ff. de fidejusso.* & communiter omnes tenere, imò correis etiam competere exceptionem ordinis, ut si in veritate ad unum eorum tantùm pervenerit pecunia, vel res mutuo aut commodato accepta, priùs ille excutiatur, ad quem pecunia pervenit,

127

128

pòst ad reliquos perveniatur, *per l. unde quæritur 7. ff. commod. l. cùm in plures. §. vestimenta. ibi interpp. ff. loca.* tamen non admodum bene per istos textus hoc convincitur, cùm non agant de veris correis debendi, sed qui adsimilari istis possint, *ut ex l. 5. §. fin. l. 6. & d. l. unde quæritur 7. ff. commod.* intelligitur: quippe *d. l. unde quæritur 7.* pendet ex quæstione *in d. l. 5. §. fin.* pro-
129 posità. † Deinde interpretes secundùm text. *in dict. l. unde quæritur 7.* ita se explicant, si suo periculo correus velit alterum in solidum priùs conveniri ob id, quòd ad ipsum omnis pecunia pervenerit; tum au-
130 dietur admissa cautione: † quia quod tibi non nocet & mihi prodest, humanitatis causâ nō impedietur. *Bart. in d. auth. hoc ita. num. 29. Anton. Gomez. d. num. 2. vers. quæro tamen.* Neq; verò oportet jus creditoris deterius reddi pacto vel facto debitorum: sed id sequemur, quod actum, quod conventum est. *l. 2. §. fi. ff. de curat. bon. dand.* Sed hoc jus, ut tali casu audiatur correus cautionem offerens, neque novum est, neque ordinis sive excussionis propriè: nam & antè *Novell. 4.* competebat confidejussori convento. *l. fi dubitet 10. l. si contendat 28. de fidejusso.* Et per oblationem cautionis generatur. Atqui exceptionis ordinis proprium est, ut etiam citra cautionis oblatio-
131 nem competat. *d. Novell. 4.* † De divisionis beneficio tametsi inter veteres interpretes convenit *in dict. auth. hoc ita. Gomez. d. num. 2. Hippol. de Marsil. d. num. 34.* quibus Cujac. *in d. Novell. 99.* & Duaren. *de duob. reis. c. 2.* Mynsi. *in §. ex hujusmodi. num. 4. & 5. ibid.* Schneidewin. *num. 3. 4. 5. Inst. de duob. reis* accedunt: à Donello tamē *in Cod. ad d. auth. hoc ita.* in dubium vocatur, qui contendit aut de fidejussoribus tantùm, aut non generaliter de omnibus reis promittendi, sed qui simul

essent

essent fide mutuâ sese obligantes, h. e. fidejussores, accipiendam esse *d. Novell. 99.* Sed suprà etiam admonere cœpimus ex nomine Græco & inscriptione περὶ ἀλληλεγγυῶν non satis bene & fortiter eum stringere, non solùm, quòd Duaren. & alii intelligant de reis promittendi; sed & Cujac. & testimonia Græca probent, apud Græcos hanc vocem utplurimum ad correos debendi referri; sicuti ἀλληλέγγυοι δανεισαὶ, correi credendi intelliguntur. Quod autem verba constitutionis & mentem urget, non etiam tantæ efficaciæ est, ut à recepta sententia recedamus: cùm possint non minus verba & mens pro interpretum sententiâ urgeri. Nam, quos ἀλληλεγγύους initio appellat, mox in vers. ἔτω γὰρ καὶ vocat τοὺς ἐνόχους πάντας reos omnes. Sic enim, inquit, *& rei omnes obligabuntur, & substantiæ eorum, & c. rei*, inquam, isti, de quibus in ista Novella. si de reis mutuâ vice fidejubentibus intelligi voluisset, & simplici voce pro composita, aut genere pro specie uti, nec idem exprimeret, quod Latinis est *reorum* appellatio, nec appellasset ἐνόχους, sed potiùs ἐγγυητὰς. † Deinde, etsi 132
verum est, creditoris jus facto debitorum deterius fieri non oportere, *l. ult. ff. de pact. l. habere. ff. de evictio. l. debitorum. C. de pact.* illud tamen non prohibet, generali sanctione modum imponere, juxta tacitam contrahentium mentem, ad evitandum nimiam inæqualitatem, maximè ubi damnum non est passurus creditor. Sic *in §. sed & major. Instit. de his qui sunt sui vel alien. jur. l. 2. ff. eod.* modus injicitur à lege rerum propriarum usui. Sic & multis aliis casibus modus in rebus disponendis statuitur: cùm lex sit magis domina rerum nostrarum, quàm nosmetipsi sumus. Possunt præterea simul stare, respe-

xisse Justinianum in hac *Novell.99.ad Novell.4.* in qua egerat de fidejussoribus, & tamen hîc eum non de fidejussoribus omnibus, aut quibusdam; sed de pluribus reis promittendi agere: quia quemadmodum beneficium novum contulerat in fidejussores & mandatores, & constitutores, ita hîc aliquid novi ad exemplum & imitationem fidejussorum concessurus sit pluribus reis promittendi. Et quid causæ esset, cur de veris hîc fidejussoribus potiùs ageret, quàm vel de mandatoribus, vel de duobus pluribúsve reis promittendi? sanè hoc, quod de novo hîc introduxit, jam antè fidejussoribus competebat, & quidem ex epistola Divi Hadriani, quam dubium non est propter generalitatem ejus antiquitus ad correos mutuâ vice fidejubentes spectasse. *argum. l. reos ii. ff. de duobus reis.* Et quæ ratio est, cur reis promittendi mutuâ vice fidejubentibus potiùs concedi debeat divisionis beneficium; quàm qui simplicitèr correi fiunt? Imò verò eò minùs illis competeret; quia eo ipso, quo & correi esse volunt & confidejussores, videntur duplici vinculo in solidum se adstrinxisse, & quodammodo epistolæ D. Hadriani tacitè renunciasse. Ait ille, cùm constituerit Justinian. *in Novell.4.* priùs oportere reum debendi principalem discuti: pòst fidejussorem; dubium mansisse, utrum hoc etiam extendendum esset ad plures correos mutua fide fidejubentes? Nunc autem *in Novell.99.* declarari *d. Novell.4.* ut procedat tantùm, quando reus debendi principalis est, & fidejussor accessoriè intercessit: secus si uterque sit etiam principalis. † Verùm hæc declaratio ex ipsa *Novell.4.* satis apparebat. Non ergo hîc voluit declarare & interpretari *dict. Novell.4.* sed potiùs occasione

† 133

sione ejus Novellæ, quia multa utiliter innovaverat circa fidejussores & mandatores & constitutores, aliquid novi introducere circa plures reos promittendi. Constituit autem duo: Primò, quemadmodum confidejussores non fiunt, nisi simul promittentes in solidum, & ita expressè, quòd velint esse confidejussores, ut pari modo etiam plures correi promittendi hodie non aliter fiant, quàm si expressè hoc agatur, quòd velint correi esse: Secundò, ut si placuit, correos & ita singulos in solidum obligatos exsistere unâ eademq; obligatione, nihilominus habeant beneficium divisionis ad exemplum fidejussorum, & mandatorum. Quod tamen rursum ad exemplum *Novell. 4.* restringit, ut ita demum hac exceptione conventus utatur, si alter correus præsens sit, & de facili sisti possit; & juxta epistolam D. Hadriani sit solvendo. † De beneficio cedendarum actionũ 134
textus est satis clarus *in l. 2. C. de duob. reis. l. Modestinus. l. Stichum. §. si mandatu. ff. de solut.* Dubium quippe non est, contutores esse correos debendi plures. Idcoque etiam Barto. *in d. auth. hoc ita. C. de duob. reis. ad fin.* in cõfirmationem hujus decisionis adducit. † Hoc verò 135
ampliùs beneficium correi promittendi habent, ut si solidum solvant, nec per cessionem consecuti sint actiones à stipulatore, possint nihilominus pro virili cum correis utiliter agere. *per d. l. 2. C. de duob. reis. l. 3. & ibi interpp. ff. de exercito. actio. l. habebat. §. fin. l. seq. ff. de instito. actio. Anton. Gomez. dict. cap. 12. num. 3. volum. 2. variar. resolut.*

VI. CONCLUSIO.

Eadem † autem res sæpiùs promissa ab eodem ei- 136
dem, non nisi semel debetur.

l.qui bis 18.& ibi interpp.h.t.l.planè.§.si eadem.ff.de lega. 1.l.Mævius.§.eum qui.ff.de lega.2.Bartol.in l.7.§.adeo.ff. de pact. Johann. Petr. Surd. consil.345.num.1.& 18. Nec interest, an in continenti, an ex intervallo sæpiùs hæc facta sit promissio. *Æmil.Ferret.ad dict.l.qui bis 18. h.t.n. 2.secutus Cunan.& Castrens.ibid.* Bona enim fides non patitur ut idem bis exigatur. *l.bona fides. ff.de reg. jur.* Quamvis etiam eadem res ex pluribus causis nobis deberi & ad nos pertinere potest, non tamen nisi ex unâ causâ nostra fiet, *l.3.§.ex pluribus.ff.de acquir.pos.l.*
1377 *non ut ex plurib.ff.de reg.jur.* † Sed an bis de eadem re obligetur, qui eandem rursum promittit, inter interpp. quæsitum est. *Gloss. in d. l. qui bis 18. h.t.* duabus constringi obligationibus, & utramque consistere, nec primam per posteriorem absumi contendit, quam etiam Æmil. Ferret. *ibid. num. 4.* & Cujacius secuti sunt. Contra glos. *in l.scire debemus 29. versic. in præcedenti.h.t.* semel, non bis obligari cõtendit: priorem enim solam consistere & obligationem producere credit, posteriorem nullius momenti esse dicit: illam esse utilem, hanc inutilem pronunciat, quam ibi Zas. sequitur. Contrà Duaren. ex priore, tanquâ inutili, non competere obligationem, sed ex posteriore existimat. Quam Duareni sententiam tum demum admitto, si prior per exceptionem aliquam foret infirmanda, vel elidenda: quod & Ferret & Zas. & Alciat. *in dict.l.qui bis 18.* largiuntur *per l.si dari 25.h.t.* At si prior omni ex parte firma, absoluta, & omnibus suis numeris perfecta, ut nequeat aliqua exceptione debilitari; utique ex ea tantùm nata dicetur obligatio & actio; nec posteriorem aliud esse, quàm repetitionem semel contractæ obligationis, ut argumentum sit perseverantiæ & deliberatæ

ratæ voluntatis. Neque verò inconsuetum est, sæpiùs in mentem revocare adversario nostro ea, quę dixit, quæ promisit, quæ nobiscum egit antè. Quæ si ipse repetat, & rursum dicat, vel agat, ne de ejus constantiâ & perseverante voluntate dubitemus, non erit novus actus, non nova obligatio, non novum pactum, sed nuda prioris repetitio. Si verò prior actus aliquo casu infirmus videri poterat, aut nõ satis clara conventio, vel dictum, ita ut in dubium & controversiam venire posset; quia creditur, repetentes priorem actum nihil frustra egisse; tum tandem intelligetur hoc actum, ut vel à priore vitium remotum sit, vel certè ex hac posteriore conventione & actu, obligatio ejusq; interpretatio consistat, quàm ex illa priore. † At objecerit aliquis; ita videri no- 138
vationem defendi: quod aut negãdum est, quia hoc posteriore istâ stipulatione expresè non agitur: cùm tamen hodie nulla possit novatio contingere, nisi hoc nominatim agatur, *l. fin. Cod. de novat.* aut fatendum, ex utraque stipulatione nasci obligationem, si plus sit in posteriore, quàm priore respectu exceptionis, quæ objici possit. Imò verò neutrum necessariò concedendum. Etsi quidem negemus novationem contingere, tamen non continuò consequés est, ut duæ existant obligationes. Nam hoc nisi agatur, ut duæ sint obligationes, potiùs repetitio prioris memoriæ & certitudinis quàm geminandæ obligationis causâ facta intelligitur, etiamsi commodo exceptionis possit plus videri in hac, quàm in illa: quia tamen hæc propter illam intercedit declarandam; ideo adhuc una eademque, non gemina erit obligatio, *per leg. si mulier. Cod. ad SC. Vellejan. l. unic. Cod. de plus petit.* & sola prima vires habebit, non po-

sterior: nisi id agatur, ut ex posteriore tanquam fortiore parata sit solùm obligatio: & tum nihil inveniatur pugnans cum *d. l. fin. C. de novat.* ut alio loco explicatum est. Si verò hoc agatur, ut duæ de eadem re sint obligationes propter utilitatem contrahentium, conventionem erit standum. *l. 2. ff. de novation.* Actum hoc autem colligitur, quando certum erat, priorem fuisse infirmam futuram, & ne per exceptionem excluderetur actor, ideo rursum sibi promitti curaverit: quia tunc posterior, utpote firmior & perfectior, priori, ut debiliori, accessisse censetur: ac si permutationi vel mandato subdita fuisset stipulatio. *dict. leg. 2. ff. de novation. l. heres debitori. §. non est novum. ff. de fidejuss.* † Non enim absurdum est, stipulationem firmiorem stipulationi infirmiori accedere, *dict. l. si dari 25. h. tit.* ut tum tandem utraque subsistat. † Objecerit rursum aliquis *l. planè 34. §. sed si non corpus. ff. de leg. 1.* ubi traditur, eandem quantitatem sæpiùs legatam, sæpiùs esse præstandam. † Legata autem & stipulationes pari passu ambulant, & pari jure gaudent *leg. quæ de legato. ff. 46. de legat. 1.* Sed observandum est, hìc non agi de quantitatibus, sed corporibus sæpiùs promissis: neque argumentum procedere à quantitate ad corpora sive species individuas. *leg. quod te. ff. de rebus credit. si cert.* † Deinde, dato, quòd hæc conclusio etiam ad quantitatem eandem sæpiùs promissam sit extendenda, ut extendenda est; *Jason ad leg. planè 34. §. si eadem. num. 2. ff. de legat. 1.* ignorandum non est, *dict. l. planè. §. sed si non corpus.* intelligi oportere, si testator hoc evidentissimè voluit, ut sæpiùs præstetur; neque repetendi, sed geminandi ac multiplicandi legati causâ sæpiùs eandem, hoc est, parem summam adscripserit. Alioquin

quin si nuda legati repetitio fuerit, non etiam nisi unicum dicetur legatum, nec nisi unius summæ debitum erit, idque Ulpianus *in dicta leg. planè. §. proinde & si quid aliud est. vers. sæpiùs deberi, si hoc testator voluerit, & in dict. §. sed si non corpus. vers. si evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem multiplicasse legatum voluisse. & vers. eadem summa, volente testatore, multiplicari potest, &c. ff. de legat. 1.* Quo intelligitur, in legato sæpiùs repetito, nihil aliud obtinere, quàm quod hîc receptum est in stipulatione: tametsi faciliùs dubitari poterat circa quantitatem sæpiùs repetitam, quàm si corpus idem sæpiùs repetitum fuisset: quia non possit idem corpus sæpiùs præstari, sicuti posset eadem summa. *dict. leg. planè 34. §. sed si non corpus.* † Qua occasione quæsitum est, cui incumbat 143
probatio, heredi an legatario, si dubitetur utrum multiplicandi vel repetendi causâ eandem summam sæpiùs scripserit? Et quamvis *in leg. quingenta 12. ff. de probationib.* videtur probatio injungi heredi, ut is probet, non multiplicandi, sed repetendi causa sæpiùs testatorem adscripsisse: quia tamen in ea facti specie, pro legatario pugnabat præsumptio juris, onus probandi contrarium in heredem transferens; nata ex diversis tabulis: siquidem proferebat legatarius testamentum, & ex eo legatum petebat: proferebat etiam codicillos, ex quibus similiter petebat legatum: & cùm ita diversæ extarent voluntates diversim scriptæ, diversa quoque videbantur legata: ideò magis est, ut in cæteris casibus, hac cessante præsumptione, dicamus, legatario, atque ita asserenti incumbere probationem multiplicationis. *juxta d. l. planè. §. sed si non corpus. ff. de leg. 1. & ibi gloss.* † Eadem 144
etiam ratio erit stipulationis geminatæ, in quam ea-

dem summa sæpiùs est deducta: præstat enim docere, quòd multiplicandæ stipulationis causâ convenerit; alioquin intelligetur tantummodo prior promissio repetita, non geminæ summæ contracta. Nõ etiam obstat, quòd *in leg. heres à debitore 21. §. non est novum. ff. de fidejuss.* Africanus respondet, non esse novum, ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniæ nomine teneatur: ut si in diem acceptus mox purè accipiatur; ex utraque obligari. Nam hoc ea stipulatione agebatur, ut duplici formâ esset obligatus, & in diem & purè: neque nuda erat prioris repetitio, sed nova, solida & propria stipulatio: ideo etiam ex utraque agetur, ex utraq; obligatio erit.

VII. CONCLUSIO.

145 *Non † solùm autem ipsi obligantur promittentes, sed & heredes bonorúmque possessores suos sive dandi sive faciendi, sive mixta sit stipulatio, relinquunt post se obligatos, sive rei sint principales singulares vel plures, sive fidejussores.*

l. veteres 13. ubi Johann. Sichard. l. fin. Cod. h. tit. l. 2. §. 1. §. 2. l. stipulatio ista 38. vers. obligatur etiam ne heres. h. tit. l. heres in omne 37. ff. de acquirend. hered. l. si tibi 8. Cod. mand. l. 4. §. fin. l. seq. ff. de fidejussor. l. fidejussoris 24. Cod. eod. §. fidejussor non tantùm. Inst. de fidejussor. l. 1. & tot. tit. Cod. de heredit. action. l. 2. §. fin. ff. de prætor. stipulat. l. si necessarias. §. de vendendo. ff. de pignerat. action. ibi Bartol. l. heredis 170. de verb. signific. Anton. Gomez. 2. variar. resolut. cap. 11. num. 12.

146 *13. 14.* † Nam, cùm obligatio semel contracta naturâ suâ sit perpetua, *l. obligationum ferè 44. de obligat. & action. §. 1. §. 2. §. 3. Institut. de perpet. & tempor. action.* &

cre-

creditoris bona augeat, debitoris verò minuat. *L. bonorum 49. de verb. signific. l. species. ff. de acceptilat.* defunctiúque bona sive hereditas cum suo commodo & incommodo, onere & favore ad heredem, *l. nihil est aliud 24. l. hereditatis 119. de verbor. significat. l. heredem 59. de regul. jur. l. 1. & tot. tit. Cod. de hered. action.* bonorumque possessorem transeat; *l. 1. l. 2. l. 3. in princip. & §. 1. §. 2. ff. de bonorum possess. dict. l. bonorum 49. cum ibi not. at. l. bonorum 208. de verbor. signific.* neque ex persona heredum mutationem patiatur. *dict. l. 2. §. ex his igitur. hoc tit.* utique hoc consequens est, heredes non minus, quàm eorum autores teneri. *dict. l. veteris 13. d. l. 2. §. ex his igitur. d. §. fidejussor non tantùm.* † Et quamvis olim circa 147
faciendi stipulationes dubitabatur, utrum in heredes debitoris transmitterentur: quippe electam personæ industriam habere videbantur, *l. inter artifices. ff. de solution.* & ita cum personâ extingui. *l. in omnibus 68. de regul. jur.* Justinianus tamen discussâ veterum vanâ dubitatione constituit, indistinctè transire: nisi nominatim actum sit, ut sola persona promittens, non ejus quoque heres obligaretur; quo casu ope exceptionis *juxta dict. l. in omnibus 68.* defenderetur. Neque huic contrarium est, quòd facti artificialis promissio semper videatur personalis, propter singularem inter artifices industriæ, ingenii, cõsilii differentiam. *dict. l. inter artifices. Sichard. ad dict. l. veteris 13. num. 3. & 4. Cod. h. tit.* nec possit tuum factum, meum revera esse, quod ego facere debebam. *Sichard. d. nu. 3.* nisi tribus vel quatuor casibus per quandam fictionem, *Sichard. dict. num. 4. ad d. l. veteris.* Equidem hoc quidem ita est, si invito stipulatori velim per alium factum præstare, opus facere, insulam fabricare, imagines sculpere, quod ipsemet facere debebam, &

meipsum facturum promiseram: etiamsi omni ex parte mihi in artificio & ingenii bonitate par sit,
148 vel superet, per quem fieri curo. † Nemini enim invito aliud pro alio solvi debet. *d.l.2. de reb. cred. si cert. dict. l. inter artifices 31. l. si quis aliam 46. l. si cùm aurum 50. l. si quis stipulatus 57. l. debitorem 99. ff. de solution.* At si reo promissore mortuo, sponte suâ stipulator requirat ab herede operas fieri, & factum præstari, eo ipso censetur volens admittere solutionem facti promissi per quamcunq; personam idoneam. Quòd si etiam heredes parati sint ipsi ejusdem artis periti, vel per alium satis peritum promissioni defuncti satisfacere, non poterit hæc facti obligatio in id, quod interest, committi; quia nulla mora est. Quòd si id nolit stipulator, & simpliciter urgeat, oportere ab ipso reo promissore præstari: & quia præstitum non sit, adeò ut constet deinceps nunquam præstari posse: ac proinde commissam esse stipulationem; utique repelletur exceptione in factum, *argumento dict. l. in omnibus 68. de regul. juris.* Jam enim ipsemet stipulator concederet extinctam esse tali personæ inhærentem obligationem cum ipsâ personâ, nec mansisse in bonis defuncti debitoris, ut ea minueret, vel ad heredes transiret, *dict. l. in omnibus 68. l. centesimis. §. 1. hoc tit. l. unic. §. ne autem. Codic. de caduc. tollend. Anton. Gomez. dict. tom. 2. varia. resol. cap. 11. num. 13. vers. si verò omino &c.* Et nisi hoc admitteret, potiùs impossibilem contraxisse diceretur obligationem, quàm quæ adversus promissoris heredes committi possit. *d. l. centesimis 46. §. 1. hoc tit.* cùm per naturam impossibile sit, hominem mortalem quid posse promittere, ac si nunquam sit moriturus. Nec par ratio est ejus, quod *in l. in illa 8. h. tit.* responsum est, *Si Kalendis Stichum non*

dede-

dederis, decem dare spondes? mortuo homine, posse sua die agi; & *in l. hoc jure 10. hoc tit. Si Lucius Titius ante Kalendas Majas in Italiam non venerit, decem dare spondes?* statim peti posse, quando exploratum est, ante eam diem venire Titium in Italiam non posse. Non enim proprium promissoris factum versatur: neque ipsum debetur factum, sed in conditione est. † Sanè si qua pœnæ stipulatio subdita esset, ut intra certum tempus quid fieret, nec feciſſet defunctus; nec heredes curassent fieri, aut inchoatum perfici, non dubitaremus asseverare stipulationem etiam adversus heredes committi, nondum etiam aditâ hereditate, vel agnitâ bonorum possessione, *per dict. leg. magnam. Codic. de contrahend. & committend. stipulat. l. 9. l. sed & si 23. in fin. ff. de usur. leg. ad diem 77. hoc titul. l. vinum. vers. quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset. ff. de rebus credit. si certum petat.* At si de die & pœnâ nihil convenerit, nec tantum temporis præterierit, quo fieri potuisset, *juxta leg. si insulam 84. hoc titul.* antequam moreretur; idem dicere non licebit, nisi exaudire malit stipulator, ut vel ipse promissor superstes vel vice defuncti alius æquè bonus artifex faciat: alioquin enim adversus heredem non posset videri obligatio durare. *per dict. leg. in omnibus 68. de regul. juris. dict. l. centesimis 46. §. 1. hoc tit.* † Quare non inepta est Justiniani ratio *in dict. l. veteris.* proposita: *pene similem esse omnium hominum naturam ut possint omnes facta vel plus vel paulò minus adimplere, ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates.* Præstat enim, per quemcunque promissis satisfieri, quàm obligationem penitus evanescere. † Ex his ergo liquet: nisi expresè & specialiter dictum sit, *ne obligatio in heredes transeat eósque teneat*, indistinctè transire,

149

150

151

etiamsi nulla heredis inter contrahentes sit mentio facta; *dict. l. veteris 13. Cod. hoc tit.* at si ita diserte convenit, propter utilitatem contrahentium voluntati statur. *l. non solùm autem 7. (in quibusdam est l. non solùm nostrum 8.) §. sale legatum. ff. de libera. lega. ibi Bartol. Alber. argum. l. & heredi 21. §. fin. l. seq. l. idem duobus 25. §. 1. §. 2. l.*
152 *seq. ff. de pact.* † Utrum autem censeatur in rem facta conventio vel in personam, ut in heredem transeat vel non transeat obligatio, si vox aliqua (ut vocant) taxativa addatur (puta, *tantùm, duntaxat, solummodo* vel similis) ut si promittatur; *Ego solus,* vel *ego duntaxat dabo decem:* inter interpretes controversum est. *Baldus in l. fin. col. fin. vers. sed pone quòd quidam. Codic. de actionib. empt. Bart. num. 2. Paul. de Castris num. 4. ad d. l. stipulatio ista 38. & ibid. Roman. num. 7. h. tit. Alexand. consil. 18. attentis narratis. lib. 5. Jason. ad leg. unic. num. 11. vers. quartò limita, quòd dictiones taxativa. ff. si quis jus dicen. nõ obtemp. Fabian. in tract. de empt. & vend. in 6. quæst. princip. col. pen. vers. circa 19. membrum. Philipp. Decius ad l. heredem. num. 6. de reg. jur. Andre. Tiraquel. de retraict. conventionel. §. 1. gloss. 6. num. 4. 5. 6. 10. 11. & 12.* omnes asserunt nondum propterea videri merè personalem obligationem contractam, sed heredem non minus quàm promissorem teneri: Nam si stipulanti, *decem mihi duntaxat dabis?* promisisses; *tibi duntaxat dabo:* non solùm stipulatori, sed etiam heredi ejus obligatus esses. *Jas. ad l. 2. §. item si in facto. num. 2. h. titul. per l. si necessarias. §. de vendendo. ff. de pignerat. action. cap. 1. Novell. 48. de jure jurand. à morien. præsti. propter mensur. colla. 5.* Quod autem in herede stipulatoris æquum est, intelligitur etiam æquũ contra promissoris heredem. Itaque nõ solùm pro-
153 missor, verùm etiam heres ejus obligatus erit, † cùm per hanc taxativam particulam non excludantur per-

personæ conjunctæ, ut censentur heredes, & domesticæ. *dict. Novell. 48. de jure jur. an. à morien. præst. cap. 1.* sed extraneæ, secundùm Bald. *in d. l. fin. in fin. vers. sed pone quòd quidam. ibid.* Saly. *Codic. de action. empt.* Tiraquel. *in dict. §. 1. gloss. 6. num. 11. de retraict. conventionel.* Decius *ad d. l. heredem. num. 6. de reg. jur. per l. stipulatio ista 38. vers. obligatur etiámne. h. t.* Jas. *in d. l. unic. num. 11. vers. quartò limita, quòd dictiones. ff. si quis jus dicen.* † Nam & aliâs dictio 154
taxativa non excludit casus similes vel eandem aut similem rationem habentes. *l. 1. §. 1. ibi gloss. ff. si mens. falsum. mod. dix. l. ob æs. ibid. gloss. & Bartol. Cod. de præd. mino. l. argentarius. ff. de edend. leg. eum qui. §. si petenti. ibi gloss. in verb. dun taxat. ff. de Publicia. in rem actio. Everhard. à Middelb. in Topic. legal. loc. 111. à natura diction. taxativ. Andre. Tiraquel. dict. tract. de retraict. convent. §. 1. gloss. 6. num. 6.*
† At qui diversam sententiam, nempe, ad heredes & 155
in heredes non transire, quia per has taxativas particulas personales obligationes cõtrahentium personas non egredientes contractas esse, defendere videntur Bartol. Castrens. sibi ipsis contrarii, Angel. *ad l. qui in futurum. §. fin. ff. de pact.* Bartol. *in l. si sic stipulatus. h. tit.* Anton. Gomez. *2. variar. resol. cap. 11. nu. 13. vers. sed teneo contrarium.* Stephan. Betrand. *cons. 148. vidi casum. lib. 1.* item Alexand. sibi contrarius *ad leg. stipulatio ista. colum. 2. h. tit. & in addit. Bald. in dict. l. ult. C. de actio. empt.* respond. *ad d. l. si necessarias. §. de vendendo :* Non dicere JCtum, in pacto de vendendo pignore convenisse, quòd creditor tantùm possit vendere; sed exponere, quid juris sit, si convenerit, ut creditori liceat pignus vendere absque ulla mentione heredis: atque ita dictio taxativa est posita (ut inquit Gomez.) à lege, h. e. JCti dictum est: non à contrahentibus prolatum. Ad *dict. l. stipulatio ista 38.* respondent, ibi nullam esse

positam particulam taxativam, quæ impediat transmissionem ad heredem: Imò, nulla ibi particula taxativa reperitur: cùm agat JCtus; *Sed si se obligat, ne ipse faciat, quo minùs habere liceat, obligatur etiam, ne heres suus faciat.* † Ergo nihil aliud hic textus habet, quàm si
156 quis de se simpliciter promittit, quod tum intelligatur de herede quoque suo promisisse: idque lite caret, *leg. si pactum. ff. de probat. Bartol. Cynus, Bald. Johann. Fab. Saly. ad l. 2. Cod. de pact. int. empt. Bart. Bald. Jas. ad l. si decem cùm petiero. h. tit. Jas. ad l. epistola. §. 1. ff. de pact. And. Tiraq. d. §. 1. gloss. 6. num. 1.* & extra hanc controversiam
157 est.† Præterea etsi verum fateantur, dictionem taxativam non excludere casus similes eandem aut similem rationem habentes, excludere tamen similes personas, etiam heredes. *argum. d. l. non solùm. §. tale legatum. ff. de libera. lega.* cùm faciliùs excludantur similes personæ, quàm casus similes, & procliviùs comprehendantur similes casus, quàm similes personæ, authore Raphaele Cuma. *ad l. commodissimè. ff. de liber. & posthum.* Jas. *ad leg. Gallus. §. & quid si tantum. ff. eodem.* Proinde hanc contrariam sententiam confirmari putant *per dict. l. non solùm 7. (in aliis est 8.) §. tale legatum. ff. de libera. legat.* ubi tale legatum, *Heres meus à solo Lucio Titio ne petito*, hunc in modum Pomponius interpretatur, ut hoc ad heredē Lucii Titii non pertine-
158 at. † Deinde urgent text. *in l. idem in duobus. §. 1. & in l. & heredi. §. fi. ff. de pact.* quibus locis asseritur, personalia pacta neq; ad heredes neque in heredes transire: Pacta autem personalia constituuntur hoc modo, *ne à se petatur*, ut *à se tantum petatur; d. l. & heredi. §. fi. d. l. in duobus. l. qui in futurum. §. fin. ff. de pact.* Addunt quoque *l. 3. §. cum Titio. & ibi Bart. ff. de admen. lega. l. rationes. C. de probat. l. si quidem 24. C. de transact.* Quibus locis

natu-

natura & vis harum taxativarum vocum designatur à Bartol. Jas. & aliis. † Præterea citant *cap. omnes. si de feudo defunct. content. sit int. domin.* ubi traditur, si feudum ad unum heredum agnatorum tantùm perveniat, hunc duntaxat etiam fidelitatem jurare. Ex quo loco gloss. *ibid.* colligit: si vasallus simpliciter juraverit domino, censeri jurasse non solùm domino, sed ejus etiam heredibus, etiamsi eorum non meminerit: si verò domino tantùm se jurare asseveraverit, non videri jurasse ejus heredibus. † Quid igitur, an huic vel illi sententiæ subscribẽdum? Sanè in hac tam ancipite cõtroversiâ, in qua interpretes ipsi aliter & aliter locuti sunt, etsi non facilè queam dicere, utra pars veritatem sectetur, cùm inspectis textibus appareat, neutram expresso niti juris textu, sed argumentis potissimùm à naturâ taxativarum depromptis; æquius melius tamen videtur, ut dicamus cum Andre. Tiraquell. *d. §. 1. gloss. 6. num. 10.* non sufficere ad excludendum aut liberandum heredes ab obligatione defuncti, particulam aliquam taxativam esse insertam cõventioni, sed aliis quoq; verbis vel circumstantiis opus esse, ex quib. de verisimili contrahentium mente cõstet. † Ad officium enim judicantis pertinet cuncta rimari; nec se ad unum saltem restringere, maximè ubi quæstio est de intellectu verborum & voluntate: *argu. l. 1. l. 3. ff. de testib. l. semper in stipulationibus. de reg. juris. l. qui fundum. §. 1. ff. de contrah. empt.* Jas. *ad l. 7. §. prætor ait. nu. 15. ff. de pact. l. in cõventionibus. de verb. signif.* † Cùm ea, quæ facti sunt, non æquè, ut quę juris, possint à judice suppleri. *leg. 1. Cod. ut quæ desunt advoca. ibi Dd.* verba itemque contractuum naturę; non contrà verbis natura contractuum inservit. Bald. *ad l. 2. Cod. commod. per l. insulam. ff. de*

159

160

161

162

præscript. verb. præsertim, si quæstio sit de heredibus. dict. l. in
163 *conventionibus 219. de verb. signific.* † Monuitque Ulpianus *in l. 3. §. conditio. ff. de adimend. lega.* & Justinian. *in l. fin. Codic. quæ res pignor. obligat. pos.* voluntatem magis & sensum contrahentium, quàm verborum conceptionem inspiciendam: maximè ubi adjectorum talium verborum anceps esse potest interpretatio, vel constructio. Haud difficulter quis ex parte stipulatoris explicaverit; *mihi soli dabis? mihi duntaxat dabis?* respectu procuratorum, filiorum, servorum, institorum, aut similium: ut illi excludantur eatenus, ut nemini alii, quàm ipsi stipulatori fas sit adnumerare; ne aut filii malè consumant, vel procuratores & negotiatores nostri in aliam causam, quàm velimus, convertant. Potest & multiplex alia causa esse, cur sibi malit potiùs dari, quàm ulli suorum alii: nec tamen velit heredes suos exclusos esse. Vice versa, si promittam, tibi soli, vel duntaxat tibi dare, ita te stipulante: potest eadem vel major aut similis aliqua causa esse: veluti si nolis aliis tuis domesticis palàm fieri, an & quid & quantum dedero. Et quis prudens arbitratus fuerit, stipulatorem nolle heredem meum, si ego non dem antequam moriar, sibi obligatum esse? Ut igitur hæc ambiguitas removeatur, pluribus verbis vel circumstantiis opus erit, quæ declarent, particulam inclusivam sive taxativam illam non esse aliam ob causam adjectam, quàm ut ostenderetur, non debere ad heredes obligationem porrigi. Accedit, quòd ejusmodi particulæ sæpiùs ornamenti causâ, vel ex more loquentis soleant subjici: quæ cùm enunciativè tantùm, non dispositivè prolata sint, meritò non attenduntur, *per leg. 7. §. pa-*
164 *etorum. ff. de pactis.* † Denique regulare est, ut non faci-

facilè censeatur pactum personale initum, aut contractus in personam absolutè & merè conceptus. Unde in dubio potiùs præsumitur pactum reale & in rem, quàm personale. *l. si pactum 9. ff. de probat. l. sicut. §. debitori. ff. quib. mod. pign. solvi. dict. l. veteris. C. h. tit. Tiraquel. d. §. 1. gloss. 6. nu. 20. de retraict. conventionel. & in tracta. le mort. saisit in 5. declara. par. 2. Johan. Borcholt cap. 2. de pactis. in tertia divisione pactorum. num. 22.* Quare etsi *in dict. leg. si necessarias. §. de vendendo.* vox *tantum* non est vox promittentis, sed JCti pactum simplex explicantis, interim tamen dum refert: ac si ita convenissent contrahentes, nihilominus quid juris foret, haud obscurè indicat. Sed & hoc confirmat illud responsum, non præsumi continuò personale pactum factum, ubi id disertè actum esse non doceatur: cui planè convenit etiam *dict. l. stipulatio ista 38. hoc tit.* ut & stipulatio potiùs credatur in rem facta, quàm in meram ac nudam personam; nisi expressim secus agant contrahentes. Neque verò à tali juris præsumptione tot locis confirmatâ propter unicam particulam continuò est recedendum: cùm fortior sit ista, quàm quæ ex tali unicâ ac nudâ voculâ taxativâ, obiter fortassè, vel alio animo imprudenter adjecta obrepere potest. † Nec facessit negotium *d. l. non solum. §. tale. ff. de libera. lega:* Eo sanè loco, apponitur illa vox exclusiva non ipsi loquenti, sed tertio: hîc autem quæstio est de ipso loquente, qui vocem *solus, duntaxat*, vel similem sibi adscisit: inter quæ duo magna est differentia, quo ad pactum in rem & in personam discernendum, ut post Bartol. *ad d. l. qui in futurum. §. 1. de pactis.* admonuit Andr. Tiraquel. *d. §. 1. gloss. 6. num. 10.* cùm in tertii persona vix aliam ob causam, quàm ut ad eam solam restringatur, & solam 165

istam personam designet, adjecta videri possit: secus verò, quo ad ipsum loquentem, in quem sæpè solummodo demonstrationis causa dirigitur; sed &
166 multiplex alia esse potest: ut modò dictum est. † Ex quo etiam facilè elucet, nihil urgere *d. c. omnes. & ibi gloß. si de feud. defunct. conten. sit.* cùm præter vocabulum *tantum*, accedat natura istius contractus; nec indistinctè etiam gloss. admittatur, sed quæ eandem sustinet interpretationem.

VIII. CONCLUSIO.

167 *QUamvis † autem conditionale legatum & fideicommissum ad heredem legatarius & fideicommissarius non transmittat, contrà verò heres heredis legato aut fideicommisso gravati teneatur: quælibet tamen stipulatio non solùm pura, & in diem, sed & sub conditione contracta tam ad heredem quàm in heredem transit.*

Illud constat *ex Lunic. §. sin autem aliquid. C. de caduc. tollend. & ibi Dd. leg. 4. l. 5. l. hujusmodi. ff. quando dies legat. ced. l. 1. l. legata sub conditione. l. si ita expressum. ff. de condit. & demon. l. si ita legatum. §. illi si volet. ff. de lega. 1. l. si in persona. C. de fideicom:* hoc posterius *in l. si quis 57. ibi interpp. h. tit. §. Ex conditionali. Instit. h. tit. l. necessariò. §. quod si pendente. ibi Dd. ff. de peric. & commod. rei vend. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 11. num. 36.* proditum est. In eo enim differt stipulatio à legato. *l. quæ legata ff. de regul. jur.* cùm aliâs quam-optimè conveniant. *l. quæ de le-*
168 *gatis 46. ff. de lega. 1.* Nec in eo ulla pugna est. † Sed de differentiæ ratione laborant interpp. præsertim Cujacius & Donellus. Et quidem Cujacius hanc adfert ratio-

rationem. Nam antequam conditio existat, dies legati non cedit. *l.4. ff.quand.dies lega. ced.* stipulatio autem ex præsenti vires accipit. *leg.usufructus. ff.de servo. stipula.dict.l.quæ legata.ff.de regul.juris.* † Et in stipulationibus id tempus inspicimus, quo contrahimus. *leg. filiusfam.h.tit.l.non omne 144.§.1.ff.de reg.juris.* in legatis verò, quo dies legatorum cedit, *d.l.4. ff.quan.dies lega. l.1.l.2.ff.de regul.Caton.* Huc illud pertinet, quod dicitur, conditionalem stipulatorem creditorum appellatione venire, etiam antequam conditio existat: nõ autem legatarium conditionalem. *l.is cui sub conditione.ff.de oblig.& actio.l.10.& seqq.ff.de verb.signif.* Donellus hanc veram esse rationem negat: primò, quòd JCtus contradicit *in leg.cedere diem.de verb.significs.* qui asserit, pendente conditione nihil deberi: unde nec creditor dicitur, cui sub cõditione quid promissum, tametsi creditoris loco habeatur. *leg.creditores 10.cum duab.seqq.de verb.sign.l.conditionales 54.ff.eod.§.sub conditione. Inst. h. t.* multum autem differunt, creditorem esse,& creditoris loco haberi. † Deinde rei meæ sti- 170
pulatio valet sub conditione: quia tempus existentis conditionis inspicimus. *l.nemo rem 82. h.tit.* Quod si hîc spectaremus conventionis tempus, inutilis foret stipulatio. *dict. l. nemo rem 82.* † Sic si res sub condi- 171
tione promissa, medio tempore pereat, stipulatori perire, apertè constat: quia etiamsi postea conditio existat, ex eâ tamen non acquirit obligationem. *l.8. ff.de pericul. & commod.rei vend.* † Sic si Stichum mihi 172
purè debeas, eumque sub conditione novandi animo stipuler, non antè erit novatio, quàm si conditio existat. *l. quoties 14. ff. de novation.* Quod si aut retrotraheretur, aut inspiciendũ esset tempus cõventionis, retrò etiam esset novatio. At retrò nõ esse no-

vationem, putat. Quare hinc consequens apparere existimat, non minus in stipulatione, quàm legato inspici tempus conditionis existentis, non initium conventionis: & per consequens, inde etiam non esse differentiæ rationem petendam. Respondet *ad dict. leg. si filius fam. h. tit. & dict. l. non omne. §. 1. ff. de reg. jur.* istam regulam tantùm habere locum, quando filius-familiâs patri, servus domino stipulatus est: Hos enim videri statim acquisivisse stipulationem, quo momento convenerat, licet conditio existat, postquam jam in sacris paternis vel dominicis esse desierint; nõ quia regulare sit in stipulationibus diem cõventionis spectari potiùs, quàm impletæ conditionis: sed quòd operam suã nobis præstiterint jure debitam, eamq; statim adjecerint nobis. In legato autẽ talis opera nulla est: cùm illud à testatoris munificentiâ procedat. † Rationem ergo diversitatis hanc esse statuit Donell. *in d. l. si quis 57. h. t.* quia alia est voluntas testatoris, alia stipulatoris itemq; promissoris. Unusquisq; enim sibi suoq; heredi prospectum esse vult, & caviisse creditur. *l. si pactum. ff. de probatio:* testator autem, qui legat aliquid, hoc animo est, ut legatario tantùm consulat; aut propter ejus merita, vel amorem, aut aliam quamcunque ob causam honestam: non item ut cõsulat legatarii heredibus, erga quos eadem adfectio non cadit. *l. nec adjecit. ff. pro socio.* Hinc esse, ut quidem conditionale legatum non transmittatur ad legatarii heredem; stipulatio transeat. Eandem rationem in effectu cæteri reddũt interpretes. *gloss. in d. §. ex conditionali. & ibid. Bart. Jas. ad l. si Stichum. §. stipulatio. num. 12. & in l. si filius fam. nu. 5. h. tit. Alciat. ad l. 3. in fin. ff. de verb. signif. & Anton. Gomez.* 174 *d. c. 11. num. 36. vers. cujus ratio est.* † Ego verò existimo, utram-

utramq; rationem aptam & conjungendam esse, neque sibi invicem derogare aut contrariari. Nam etsi *in d. l. cedere diem. de verbor. significat.* asseritur, stipulatori conditionali, antequam conditio eveniat, nihil deberi: illud tamen intelligitur quo ad actum: nam quo ad potentiam aliqua subest: quia speratur: *dict. l. creditores 10. & seqq. eod. d. §. sub conditione. Instit. h. t.* eaque spes & virtus (ut Gomez. *dict. cap. 11. num. 36. & f. sed hoc non obstante.* loquitur) statim acquiritur & in bonis est. Legatarius verò, ne quidem quo ad potentiam pendente conditione creditor est, *d. leg. is cui 42. ff. de oblig. & actio.* tum quòd hæc sit testatoris voluntas, ne quid antè legatario debeatur, aut deberi possit, quàm si conditio existat. *Zas. cons. 5. num. 90. & 91. volum. 1. l. Mævius. l. qui heredi. ff. de condit. & demonstrat.* tum quòd ipsa legatarii persona sola sit electa, ut eâ superstite conditio impleatur: quod secus est in stipulatione; ut Donell. ipse contendit. Unde est, ut quidem legatum conditionale, quia neq; agnitum est, neque agnosci potest, haud in bonis esse dicatur: obligatio conditonalis inesse perhibeatur. *l. bonorum 49. ff. de verbor. signific. dict. l. creditores 10. & seqq. cum ibi nota.* † Est deinde alia quæstio de virib. stipulationis, 175
alia de ipsa acquisitione rerum in stipulationem deductarum. Si quæstio sit de viribus stipulationis, simul hoc etiam quæritur, an ipsa stipulatio sit acquisita: licet commodum stipulationis (hoc est, obligatio & actio) nondum sit acquisitum. Itaque si rem meam sub conditione stipuler, vires statim habet stipulatio, quas non sortiretur, si pura foret ob stipulationis commodum haud dilatum. Quod si vires statim habet, ex eo etiam momento mihi acquisita erit stipulatio: nondum tamen stipulationis cō-

modum. Quo fit, ut in hoc stipulationis genere inutilitas non dicatur dependere à tempore conventionis, vel existentis conditionis, sed acquisitionis diversitate: quia etsi stipulatio statim quæsita est, nondum tamen obligatio ex eâ acquisita habetur, priusquam dies stipulationis cedat & conditio existat. Eadem ratio est novationis sub conditione factæ, de qua *in d.l. quotiens 14. ff. de novat.* Ut ita prædicta exempla non tam infirment, quàm declarent Cujacii sententiam. Sed & eandem stipulationis & ex eâ obligationis acquisitę distinctionem observare licet *ex d.l. si filiusfamiliâs. h. t.* stipulationem statim filiusfam. & servus acquisivit patri & domino; per stipulationem autem obligatio & fructus promissionis non priùs acquisita videri poterunt, quàm si conditio ejus evenerit. Ergo nulla specialitas in filiifam. & servi stipulatione hac parte occurrit: nam & in quolibet alio etiam patrefam. sibi sub conditione quid stipulante certum est, ex præsenti contractam esse stipulationem, & ita contractam, ut hanc in bonis habere censeatur. *dict. l. bonorum 49. dict. l. creditores 10. cum seqq. de verbor. signific.* cùm alioquin ad heredem non transmitteret. *l. injuriarum 28. ff. de injur.* atqui obligationem ex stipulatione ista futuram in bonis nondum habet pendente conditione: Hanc tandem acquirit per cõditionis eventum dieiq; cessionem. Contrà verò idem de legato conditionali dici non potest: quod statim à momento mortis testatoris legatum, quatenus causa acquirendi est, sit quæsitum vel in bonis existat, tametsi commodum
176 legati, hoc est, obligatio & petitio sint dilata. † Etenim hac in parte manifesta est differentia inter legatum & stipulationem: cum ne quidem, quo ad
cau-

causam acquirendi, possit delatum videri, quod adhuc in conditione est, *d. l. quæ legata. de reg. jur. l. delata. de verbor. signific. &c.* Utraque igitur ratio vera est, & subsistit. † Sed huic conclusioni adversari videtur 177
l. qui Romæ 122. §. Agerius. ff. h. tit. Agerius filiusfamiliâs promiserat stipulanti, *se daturum, quicquid patrem suum debere constitisset:* his fortasse verbis: *Quicquid patrem tuum constabit Publio Mævio debere, dabis? dabo, quicquid constitisset patrem meum Publio Mævio debere.* Potest multis modis accidere, ut non constet, an & quid quisque alteri debeat, *§. in fraudem. Instit. quib. manum. non lic.* potest & compensatio debitum minuere, *l. 1. l. 2. l. 3. l. si ambo. §. 1. ff. de compens.* & negari, & calculus erroris argui. *l. unic. Cod. de erro. calcul.* Erit ergo in hac stipulatione conditio, & ejusmodi conditio, quæ postea potuit existere, ipso Scævola quoque teste. Stipulator itemque creditor patris cum patre vivo non egit, vel si egit, ita tamen egit, ut eo vivo de debito non constaret. Moritur pater relictis aliis heredibus, quàm Agerio filio, sive quòd eum pater justam ob causam exheredasset, sive quòd hereditati abstinuisset. Cum his heredibus patris Agerii egit creditor itemque stipulator, & probavit, quantum sibi defunctus debuisset, si supervixisset. Maluit ideo ex stipulatione cum Agerio experiri, tanquam eum eo, qui patris debitum in se recepisset. Negat Agerius, cùm patris heres non sit, nec conditio stipulationis extiterit, eâ stipulatione se teneri. Scævola consultus respondet: *Si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam.* h. e. quia cōditio illa, sub qua Agerius promiserat, non extitit: ideoque ex stipulatione cum eo agi nequit: quia nec obligatus ex ea est. † Frequens est JCtis nostris, ut particulam 178

Si, accipiant pro *quia*: veluti *in l. 4. ff. de in lit. jurand. l. Titium & Mœvium 47. §. à matre datus. vers. si manent. ff. de adminiſt. tutor. l. 3. ff. de lega. 1. l. fidejuſſor. §. ultim. ff. de pignor. l. Statius 48. §. fin. vers. ſed ſi nondum dies fideicommiſ-*
179 *ſi veniſſet. ff. de jur. fiſ.* † Scævola igitur hoc videtur innuere; implementum conditionis ad heredem & in heredem non transmitti: & ut Bartol. colligebat, facultatem implendi conditionem non transire ad heredem, Bart. *ad dict. l. qui Romæ 122. §. Agerius. h. t. num. 1. ibid. Jaſ. num. 1. ibid. Angel. Imol. & Petr. de Bellapertic.* & ita Scævolam hac in parte à cæteris JCtis & reſponſis *in d. l. ſi quis 57. h. t. l. neceſſariò. §. quod ſi pendente. ff. de peric. & commo. rei vend. dict. §. ex conditionali. Inſt. h. tit.* di-
180 vortiſſe. † Sententiam autem Bartoli rejicit Jaſon & ante eum Bald. itemque Alexand. *in dict. §. Agerius.* item Anton. Gomez. *dict. cap. 11. num. 36.* ita tamen ut fateantur, hanc Agerii promiſſionem eſſe conditionalem: Contrà Alciatus *lib. 1. diſpunct. cap. 13.* Franciſc. Connan. *lib. 6. commen.* Duare. *in ſuo Scævola. & ad d. §. Agerius.* contendunt, hanc ſtipulationem & pro-
181 miſſionem Agerii non eſſe conditionalem. † Nituntur his potiſſimùm rationibus. Primò; quia conditio impleta retrotrahitur ad tempus conventionis, hoc eſt, perinde habetur, ac ſi tunc impleta fuiſſet, quando ſtipulatio interponebatur. *l. potior. ff. qui potior. in pign. l. fin. C. ad SC. Macedon. §. poſt miſſionem. ubi gloſ. in verb. valere. Inſtit. de milita. teſtam. l. neceſſario. & ibi gloſ. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ergo etſi mortuo patre conditio extitiſſet, perinde eſſet, ac ſi vivo eo eveniſſet, h. e. conſtitiſſet, quantum debuiſſet. Atqui Scævola apertè contrarium ſtatuit, nempe Agerium non teneri, propterea quòd nunc mortuo patre conſtet, quantum debuiſſet; ſed quòd jā-

pri-

pridem liquida sit quantitas debiti pomissi. Non ergo conditionem videri sapere. Secundò: Quod si quid, inquiunt, probatur heredem, ut heredem facere: id quoque probatur defunctum facere, cùm heredis persona defunctum quasi eadem cum ipso repræsentet, *l. heredem. de R. J. cum annota. l. cùm miles. ff. ex quib. caus. major. in integr. l. hereditas. ff. de acquir. rer. domin. Novell. 48. de jurejur. à morien. præst. Jas. ad dict. l. 1. §. 1. de acquir. possess.* Ergo si conditio esset, jam extitisset, ex quo cum Agerii patris heredibus rationes dispunctæ sunt. At negatur extitisse, ut obligatus sit ex conditione. Tertiò; nihil interest, utrum Agerius promittat, quod pater debet, an verò quòd patrem debere constiterit. Nam etiamsi promisisset solum, quod pater debet, tamen non posset conveniri, nisi cùm patrem debere constiterit, h.e. liquidum sit, quantum debeatur. *arg. Interdum 73. h. tit. l. cùm illud. §. 1. ff. quand. dies lega.* † Quartò, implemen- 182
tum conditionis etiam ad heredes transit, *d. l. si quis 57. h. t.* & quòd à defuncto, aut cum defuncto factũ prodesset ad implendam conditionem, idem si ab herede aut cum herede fiat, ad eandem rem prodest. Atqui in *dict. l. qui Romæ. §. Agerius.* illud cum herede factum prodesse negatur. Ergo de conditione interpretari non oportet. † Quid ergo? Sic hoc re- 183
sponsum accipiendum esse asserunt, ac si Scævola dixisset: *Si conditio illa non extitisset, commissa non esset stipulatio*, h.e. si creditori illi pater tuus nihil debuisset, nihilque jam debuisse constaret, tu Ageri, etiam obligatus non esses: Sed jam constat, patrem tuum quid tum temporis debuisse, cùm promitteres: atque ita purum debitum purè promisisti, dilatâ die, donec liquidum fieret, quantum illud esset: Ergo

teneris. Causam, inquam, cur teneatur Agerius ex hac stipulatione, illi non transferunt in conditionis eventum, sed in debiti liquidationem, quæ ostendit, reverâ fuisse certam quantitatem relatione reliquationis ab initio in stipulationem deductam: nec vocem *conditio* in propria accipiunt significatione, sed pro re, quæ in stipulationem deducta est. Quæ interpretatio, si vera esset, dubitationem ob-
184 jectionis utique perfregisset. † Verùm valde reclamant Scævolæ verba *in d. §. Agerius*, ut multis ibidem ostendit Donellus, nec probabile est, tantæ autoritatis & judicii JCtum æquè incertum à se dimisisse consultorem, uti accesserat, & de jure consultum, respondisse de facto sub conditione, *Si illud factum sit, tum hoc factum esse*: neq; etiam tanti momenti sunt rationes objectæ, ut eam opinionem confirment. Nam quod ad primum eorum fundamentum attinet, Alciatus pro confesso assumit, quod est in quæstione: nempe an extiterit conditio? Et utrum sit conditio nec ne? Conditionem, si qua esset, extitisse adfirmat Alciatus: cõtrà negat Scævola extitisse. Ratio pro Scævola est manifesta: quia quælibet conditio debet in specificâ & propriâ formâ impleri: & nisi hoc fiat, dispositio non videtur formæ suæ perfectionem nacta. *l. Mævius qui heredi. ff. de cond. & demonst. Zas. d. cons. 5. n. 90. 91. vol. 1. l. si super 9. ibi Jason & Sicha. C. de transact. l. 1. ubi gl. C. de instit. & substit. Bart. ad l. hæc conditio, si in Capitolium. ff. de condit. & demon.* Jam hæc forma conditioni data erat ab Agerio, ut si vivo patre constitisset, quantum pater ipsi deberet, reneretur. Hæc conditio futuram liquidationem respexit, non quãlibet, sed quæ cum ipso patre vivo conficeretur. At mortuo patre, hæc liquidationis in conditione posi-

tæ

sitæ forma non potuit ampliùs impleri: quia desiisset pater in rerum naturâ esse, *§. 1. Instit. de inutil. stipul.* Ideoque etsi cum patris heredibus egerat & demõstraverat creditor, quantum sibi Agerii exheredati pater debuisset, si vixisset; vel quantum, dum viveret, debuisset: illud tamen non effecit, ut formâ suâ constet conditio, & specificè dicatur impleta, ut jam mortuo patre constet, quantum pater Agerii debeat. Mors quippe omnium rerum postrema debito huic finem imposuit, & in heredes ejus transtulit, ut cùm hæc liquidatio fieret, nihil pater, sed patris heredes deberent, non patris bona, sed heredum hoc debitum minueret. † Mutatâ quippe 185
personâ possidentis, mutatur qualitas rei possessæ à possessore promanante, *Matth. de Afflict. decis. 178. nu. 4. Graß. lib. 1. com. opin. cap. 10. quæst. 1.* † Deinde, quæ 186
personæ cohærebant, & in ipsa defuncti persona erant adimplenda, ad heredem non transeunt. *l. in omnibus 68. de regul. jur. l. idemque. §. prima. ff. de pact.* Itaque nec hujus conditionis implementum ad heredes transire potuit. † Quo etiam tollitur alte- 187
rum argumentum. Verum quidem est, si quid factum aut profectum sit à defuncto, id quoque videri factum ab herede: quia heres in jus & locum defuncti succedit. *l. quædam. ff. de edend. l. heredem. de regul. jur. l. heres in omne 37. ff. de acquir. hered.* At non contrà, quicquid ab herede fit, videtur etiam à defuncto actum. vivit quidem defunctus in herede, non contrà. Neque natura fert, ut qui non est, sit; & quid agere, vel pati dicatur. Quo fit, ut si defuncto contumelia fiat, ea quoque ad heredem pertineat: non, quia qui non est, quid patitur; sed quia ipsi heredi ignominiosum est propter repsentationẽ. *l. 1. §. 3. & §.*

pen.ff.de injur. at non contrà si heredi injuria fiat, ea in defunctum redundat. Etsi quoque *in d.Novell.48. de jure jur. à morien.præsta.* idem effectus tribuitur juramento heredis, quem habiturum fuisset juramentum defuncti, si ipsemet delatum jurasset: non tamen absolutè hoc statuit, illud, quod heres facit, ut heres, penitus formâ idem esse, ac si ipse defunctus fecisset. Alioquin quâ fronte liceret distinguere inter psonalia personę cohęrētia & absolutè nō cohęrentia? *l.in omnib.68. de reg.jur.* Tertiū planè nullū est, cū aliud sit promittere, *quicquid cōstiterit*, sive *constabit*, promissione in futurū collatâ; aliud ꝑmittere in p̄senti, *q̄ debetur*: illa quidē conditionalis est, hæc non item, *dict.l.cedere diem.de verb.signif. dict. l. interdum. l. si stipulatus 78. §.1. l. cùm stipulamur 125.h.t.* ex illa spes est, debitum iri: ex hac statim debetur. Nec ad rem facit, quòd peti ex hac stipulatione in præsens conceptâ nequeat, antequam liquidum reddatur debitū, & constet, quantum illud sit, quod debetur: primū certum est, nō esse conditionem; sed tempus quoddam faciendæ solutionis, cùm omni puræ stipulationi tantum temporis naturâ insit, quo commodè solvi possit. *l.quod dicimus 105. ibi gloß. ff. de solutio. l.existimo 98. in fin. l. continuus. §. illud inspiciendum. h.t.* † Deinde, si qua hîc esset conditio, ea non inesset stipulationi, sed rei solvendæ, *l.fidejussor 16. §. fin. ff. de fidejuss.* sicuti locus, vel dies nativitatis & ejus generis alia, de quibus *in dict. l. interdum. h.t. & §. loca. Instit. h.t. d. l. cedere diem.* His etiam postremum enervatur; cùm id, quod in certam personam collatum est, eam non egrediatur, nec in personâ heredis adimpleri possit. *dict. l. in omnib. 68. ff. de reg. jur. l. qui heredi. l. si ita expressum. ff. de cond. & demonstr.* non obstante eo, quod *in d. l. fi-*

de-

dejussor 16. §. ultim. ff. de fidejuss. responsum est: cùm hoc modo fidejussor esset acceptus, *si reus quadraginta, quæ ei credidi, non solverit, fide tua esse jubes?* non solùm committi hanc stipulationem, si reus appellatus non solvisset; sed etiam si reus antequam adpellaretur, decessisset; nec heredes ejus solverent, ita ut tu fidejussor conveniri & exigi possis: quippe rei principalis persona in istâ stipulatione demonstrandi, non restringendi causâ, ut merè personalis esset conventio, exprimebatur: ut videtur factum in hac facti specie, de qua Scævola *in hoc §. Agerius.* cõsultus. Quod *& ad d. §. ex conditionali. Instit. h. & ad l. veteris. C. h. tit.* responderi potest. Quid igitur? Quid statuendum? Sanè perquam difficile dictu est, in quam inclinare debeamus sententiam. Verba sunt ambigua, sunt lubrica, videntur à regulari jure *in d. l. veteris. d. §. ex conditionali. in d. l. fidejussor 16. §. fin. dict. l. si quis 57. & similibus* disentire. † Duæ tamen sunt, quæ tutò eligi possunt, sententiæ: una, quam ex hactenus disputatis elicere licet: altera, quam Emanuel Soarez *in addit. ad Anton. Gomez. d. tom. 2. variar. resolut. cap. 11. nu. 36. versic. & text. singularis & unicus in l. qui Romæ. §. Agerius.* Prior sic se habet: nempe ut cum Bartolo cæterisq; veteribus & Donello fateamur; imò in illa facti specie *d. §. Agerius.* stipulationem proponi & tractari cõditionalem, & quidem potestativam: Deinde, hanc stipulationis conditionem à creditore non fuisse impletam vivo patre debitore; tertiò, nec mortuo patre debitore potuisse facto heredum ejus conditionem istam, utpote merè personalem & ad solam patris personam lege conventionis & voluntate contrahentium restrictam, adimpleri. Quartò regulam quidem esse, implementum conditio- 189

nis stipulationi insertæ ad heredem transire, & ab
herede itemque cum herede rectè expleri: modò talis sit, quæ possit æquè commodè & formaliter in
herede & cum herede compleri, uti cum defuncto,
nec sit ad solam personam expressam revocata disertis verbis, aut naturâ facti, vel rei, quæ conditione
continetur: quippe hac etiam restrictione (ut suprà
vidimus) accipitur *l. veteris. & ibi interpp. C. h. t. & d. §.*
190 *ex conditionali. Inst. h. t.* † Quibus ita conjunctis, res-
pōsio parata erit, regulam tractari *in d. §. ex conditionali.* & similibus locis, & in hac nostra conclusione:
exceptionem verò regulę proponi *in d. l. qui Romæ 122. §. Agerius. h. t.* quia constare debebat de debito patris
Agerii, ex calculatione cum ipsomet patre habitâ, &
nullâ aliâ: quia & hoc actum intelligebatur; & reverâ actum videbat Scævola: ideo eum respondisse: *Si*
conditio non extitisset. h. e. quoniam conditio hujus stipulationis non extitit: *stipulationem* (quoq;) *non posse cōmissam videri.* At dixeris, hæc conciliatio, hæc interpretatio conjecturâ nititur: cùm ex textu apertè
non appareat, qp fundamentum decisionis suæ posuerit Scævola propriè in eo, quòd nominatim hoc
actum esset, ut in solo Agerii patre conditio stipulationis impleretur: sed videtur, ejusmodi stipulationē,
Si constiterit, quod Gajus debet, solvā pro ipso, interpretari,
ac si semper hoc actū esset, ut illa conditio in personâ heredis non impleretur: cū contrà cæteri JCti eā
ita interpretentur, ut etiam in herede debitoris committatur cōditio, veluti *in d. l. fidejussor 16. §. fi. ff. de fidejuss. d. l. decem 116. h. t. d. l. si quis 57. h. t. dict. §. ex conditionali.*
Vim igitur textui infert hæc interpretatio: maximè,
cùm à nativâ significatione particulæ, *Si*, recedat,
cujus nō est confirmare, causam exprimere, affirma-
re &

re & purè quid ponere: sed eventualiter & conditionaliter: *Litaq; ff de procur. l. & eleganter. §. si dolo. ff. de dol. mal. l. à testatore. ff. de cond. & demonst. Dd. ad Rubric. de reb. cred. si cert. pet. & in l. 1. ff. de cond. & demonst.* Hæc, inquam, objecerit aliquis. † Sed cũ non facilè admitti 191
debeat sententiarum cõtrarietas; & Justin. *in proœm. Digestorũ* moneat, si subtiliter singula perpendantur, nullã occursuram antinomiam, nec infrequens Scævolæ sit, plerisq; vocibus abuti: præsertim verò hanc vocẽ, *Si*, non solùm alii JCti, sed ipsemet etiam Scævola pro *Quia* sæpissimè ponat, veluti *in l. Titiũ & Mæviũ 47. §. à matre. & f. si manent res pupilli. ff. de admin. tuto. l. inter Castellianũ 44. & f. si arbitrio paritum. ff. de recept. arbit. l. lex vectigali. ff. de pign. l. inter 20. ff. de autor. tut.* magis est, ut eã amplectamur sententiam, eoq; ipso ex textu elici dicamus, quia non elicitur contrarium, quia non alia satis apta occurrit conciliandi ratio, quia haud probabile est Scævolã ab omni JCtorum scholâ solùm dissentire, & repudiare regulã; sed eam potiùs declarare. † Altera expositio, ut dixi, est Emanu- 192
elis Soarez, viri sanè doctissimi & discreti judicii, qui & in hac re à Cõnano *lib. 6. com. c. 3.* adjutus, intelligit hunc locum secundũ *l. si ita stipulatus 97. §. possum. h. tit.* ubi traditũ, posse me à te stipulari, *Titii nomine soluturũ?* Quæ committitur tum tandẽ, si meâ interesse cœperit, h. e. si Titius desinat esse solvendo. Pari modo, si à te stipuler, *quicquid constitisset Titium patrem tuum mihi debere, hoc te soluturum?* non antè committi stipulationem, quã si meâ interesse cœpisset, h. e. priusquã constituisset quòd nec à patre nec ab herede ej' possem pecuniam habere salvam. Itaque Scævolam obscurè quidem, sed satis appositè respondere, *si condtio non extitisset, stipulationem non esse commissam.*

Conditionem autem hîc intelligit Emanuel Soarez, sub qua & promissio facta est, & in quam usus & vires ejus collatæ; ac si dixisset Scævola: nisi jam cõstet, Publium Mævium creditorem nõ potuisse creditum suum servare à veris debitoribus, promissioni locum futurum; in præsenti autem hoc non apparere, nec eo ipso probari, quia egerint cum heredibus debitoris, ut de debito constet: igitur videri adhuc conditionem deficere, ac proinde Agerium obligatum non esse. Hæc etsi satis subtilis est conciliatio: quæ rectè contra quosdam asserit, Agerium pro patre non fidejussisse, sed de se principaliter promisisse: quod & nos in superiore sententia cum Donello volumus: non tamen satis aptè cum verbis & propositâ facti specie convenit: quod etiam ipse Emanuel sentit. Quam ob causam huic objectioni hunc in modũ occurrit, ut dicat non obesse, JCtum tot verba facere de subductione debiti, quoniam illa verba ad consulentem referenda esse: decisionem ad Scævolam, qui &, ubi status quæstionis deliteſceret, optimè novisset, ac breviter & acutè quæstionem decidere proposuisset. Sed nec hoc satis tutum. Etenim decisio ad propositam facti speciem est accommodata: alioquin aliud, quàm interrogatus esset, Scævola respondisset. Atqui quæstio est, utrùm conditio stipulationi inserta, *Si quid patrem Agerii debere constitisset*, sit completa propterea, quòd cum heredibus ejus egerit creditor, ut nunc constet, quantum debuisset, si vixisset?

193 I. DECLARATIO. † Cæterùm hæc concluſio declaratur procedere in conditione casuali & mixtâ, non etiam in potestativa; *l. si decem 48. l. centesimis 46. §. si ita stipulatus fuero. vers. alii ita inutilem, si, ante-*

requam constituas, morieris; quod verum est. h.t. Bart. Bald. Castrens. & Jason. num. 12. 13. 14. & 15. ad dict. l. si decem 48. h.t. per illum text. à contrario sensu. glos. in dict. §. ex conditionali. Instit. h.t. Andr. Tiraq. de retract. convention. §. 1. glos. 6. nu. 15. Talis enim conditio pendet à fortunâ & casu, & sufficit quandocunq; impleri eam fortunâ & casu, cùm nihil sit, quod imputetur contrahenti, quare eam non impleverit, *Jason. in d. l. si decem 48. h. t. num. 12. per l. potior. l. qui balneum. ff. qui potio. in pigno. Bart. ad l. si filiusfam. h.t.* † Mera autem potestativa immediatè personæ cohæret, ut quædam electa videatur personæ industria, in quam solam, tanquam formæ partem præcipuam, ejus implementum collatum sit. *Cujac. ad l. 57. h.t. ibid. Donell. num. 4. & in d.l. qui Romæ. §. Agerius. num. 2. 3. & 4. h.t. per l. si ita expressum. ff. de cond. & demonst. Jason in d.l. si decem 48. nu. 12. Bald. ad c. significavit. extra. de rescript.* Quare, si non impleat eam contrahens, est quod illi imputari potest. *Jas. d. n. 12.* neq; ex morâ suâ commodum sentiet; ac proinde ad heredem non transmittet potestatem implendi conditionem potestativam. Oportet enim omnem cõditionem in specificâ formâ adimpleri. *Jas. in d.l. si decem 48. num. 12. & seqq. & ad l. si quis 57. h.t. per l. qui heredi. l. Mævius. ff. de condit. & demonstrat.* nec sufficit hoc fieri per æquipollentia, vel similia. Neque solùm hoc ita se habet in faciendi, sed & dandi conditione potestativâ. *d.l. qui heredi. d.l. si ita expressum. ff. de condit. & demonst.* Utrobiq; enim eadem est ratio; quòd videlicet in certam personam collata conditio eam non egrediatur, *argum. dict. l. in omnibus 68. de regul. jur.* ac nisi in illâ impleta sit, defeciisse dicatur. *Dd. in dict. l. si decem 48. & ibid. Donell. nu. 5. h.t.* † Non obstat *l. veteris. C.* 195
h.t. quâ cautum est, omnes stipulationes, etiã facien-

di & mixtas, transire ad heredes, ut quod à promissore fieri debebat, possit etiam per heredem ejus impleri. Quod pertinet ad id, quod in stipulationem deductum est, non autem ad quamcunque conditionem. Multum autem distant inter se, ipsa stipulatio, & quod in stipulationem deductum est, & stipulationis conditio, *Donell. ad d. §. Agerius.* stipulatio in heredes transit, cùm jus sit, & jure consistat: jura autem in heredes transeant. *l. quædam. ff. de edend. dict. l. nihil est. de verb. sign. l. qui in jus. l. heredem. ff. de regul. jur. l. heres 37. ff. de acquir. hered.* nisi sit aliquid quod cum ipsâ defuncti vita extinguebatur. *d. l. in omnibus 68. ff. de regul. jur. d. l. centesimis 46. §. si ita stipulatus. h. t.* Conditio autem nullum jus continet, quod vel acquiratur stipulatori, vel promissorem teneat, sed facti est,
196 ex quo jus nascetur, vel impedietur. † Ex his dependet resolutio ejus, & interpp. hanc declarationem circa potestativam conditionem limitant procedere, nisi stipulatio pura præcedat & subjiciatur pœnalis, si id quod in priore promissum est, non fiat vel detur, aut secus fiat, pœna solvatur, aut si quid ex causâ onerosâ propter conditionis implementum accessurum futuro obligato, *Jason post Bartol. in d. leg. si decem 48. num. 13. & 14. h. t. per leg. qui Romæ. §. Flavius. h. t.* Nam hoc ipsum jam est in stipulatione, & unà cũ ipsa stipulatione transit ad heredem & in heredem, non sanè tanquam conditio, sed tanquam debitum. *§. fin. Instit. h. t. dict. l. qui Romæ. §. Flavius. dict. leg. veteri. C. h. t.*

IX. CONCLUSIO.

197 *Quemadmodum † heredes promissorum obligantur ex defunctorum contractibus, ita vicis-*

vicissim stipulationes tam puras & in diem, quàm conditionales, sive dandi sive faciendi sint, stipulator ad heredes suos transmittit, nisi quæ mera personalis fuerit, & ad solum stipulatorem expressè restricta.

d.l. veteris. l. fin. C. h. t. l. heres 37. ff. de acquir. hered. §. ex conditionali. Instit. h. t. l. si quis, si Titius consul. h. t. l. necessario. §. quod si pendente. ff. de peric. & commod. rei vend. Anton. Gomez. dict. cap. 11. numer. 36. tom. 2. variar. resolut. §. 2. Instit. de perpet. & tempor. actio. Par enim ratio est heredis stipulatoris & promissoris. Idcoq; hujus conclusionis declaratio & veritas ex proximis dependet, quæ hîc repetita intelligentur.

X. CONCLUSIO.

SI† dividua fuerit dandi stipulatio, heredes heredibus singuli singulis pro portione hereditariâ existunt obligati: si individua; singuli in solidum singulis tenentur. 198

l. 2. ubi Cuja. Donell. & alii. l. stipulationes non 72. l. in executione. h. t. l. ea quæ 192. de reg. jur. Anton. Gomez. variar. resolut. tom. 2. cap. 10. Carol. Molina. in labyrin. de divid. & individ. stipulat. pa. 2. quæst. 1. 2. & seqq. fac. l. heres. §. an ea stipulatio. §. idem juris. ff. famil. herciscund. † Non enim ex persona heredum obligationis natura mutatur, *d. l. 2. h. t.* Quæ igitur in personâ defuncti fuit individua vel dividua, talis etiam in personis heredum manet. † Nec diversum per legem XII. Tabularum ipso jure obligationes, nomina & jura inter heredes plures dividentem. *l. heredes. §. idem juris est. ff. famil. herciscund. l. in executione. §. prima species. hoc titul.* 199 200

hoc casu introductum est; cùm intelligatur, si nomen, si actio, si obligatio illa sit naturâ & jure dividua: aliàs secus *per d.l.2.§.ex his.ibi inter pp.ff.h.t. Anton. Gomez.dict.cap.10.num.16.versic.nec iterum obstat, si replices. tom. 2. variar. resolut.* † Itaque si stipulator decedat, cui decem debentur, tribus vel pluribus heredibus relictis, singuli pro portione hereditariâ cum promissore vel ejus heredibus agent, *dict.l.2. dict. leg. in executione.* sic, si decem homines debeantur, numero inter heredes tam stipulatoris, quàm promissoris fiet divisio, *l.in stipulationibus. §. operarum. h. tit. l. cùm Stichus 29. ff. de solution.* Homine uno generaliter promisso; singuli promissoris heredes partem hominis solvere tenentur pro portione hereditariâ: quia etsi Pamphilum deberent ex defuncti promissione, non tamen in solidum singuli, sed pro portione hereditaria tenerentur heredes: quippe quòd naturâ hominis etiam certi partes pro indiviso esse queant: *dict.l.2.dict. l. in executione. §. parte. h. t. l. heredes. §. an ea stipulatio. ff. famil. herciscund.* At contractus conditione non aliter contingit singulorum liberatio, quàm si omnes in eodem Pamphilo, in eodem homine singuli suas partes solvant. *l.qui hominem 34.in princip.& §. 1. ff. de solution.* aut acceptilatione, *l. qui hominem 17. ff. de acceptilatio.* vel transactione, vel sententia sint liberati. *dict. l. in executione. §.pro parte.h.t.dict.l.2.§.si tamen.h.tit.* Idem obtinet si duæ res sint alternativè promissæ: puta, *Pamphilus aut Stichus; decem aut Pamphilus: decem aut fundus. d.l.9.§.ff. l qui hominem 34. in princ. ff. de solution. leg. 2. §.ejusdem conditionis.l.5.§.ultim.l.in executione.§.pro parte.h.tit. l.si*

201 *non sortem. §. decem. ff. de condict.indeb.* † Id enim efficit conditio electionis vel actori, vel reo com-

pe-

petens,& ne aliud pro alio invito solvatur; neq; reus invitus aliud pro alio solvere cogatur: & ideo posterior solutio semper declarabit, priorem fuisse indebitam, *Donell.in dict.l.2.*† Quid ergo,si is,cui quin- 203
que homines debebantur; vel, qui promiserat, decesserit quatuor heredibus relictis? sanè inter heredes numero dividetur obligatio, ut singuli unum debeant, vel singulis debeatur unus: in quinto singuli partem ut debent,ita etiam singulis pars deberi dicetur. Ratio ea est, quòd in cæteris omnino manet generis promissio, tam quo ad naturam, quàm conditionem contractus sive solutionis: At, quo ad quintum hominem, ex accidenti solutionis causâ redditur instar unius hominis incerti promissi: *argu. l.in stipulationibus. §.operarum.h.tit. l.cùm incertus 13.ff.de lega. 1.* De quibus omnibus illa sunt repetenda, quæ *cap.6.conclus.22.* disputabantur.† Sed quod diximus, 204
hominis promissionem posse pro parte acceptilatione vel transactione, aut sententia absolutoria tolli, *dict.l.qui hominem.ff.de acceptilat.dict.l.2.§.si tamen.d.l. in executione.§.pro parte.hoc titul.* ex eo dubium sumit, quòd partis solutio ex conditione contractus non adfert pro parte liberationem, *l.9. §.fin. l.qui hominem 34.§.1.ff.de solution.* Verùm hoc intelligendum est de vera solutione;quia alioqui metus esset,ne aliud pro alio invito solveretur, ut supr. *d.c.6.conclus.22.* videre est. At quando acceptilando, transigendo,donando, absolvendo pars obligationis finitur, cessat ille metus: cessat igitur conditio contractus: Et pro illa parte absolutus, quique acceptum rogavit ipso jure liberatus erit. † Cæterùm,an econtra illud etiam i- 205
ta se habeat, si unus ex heredibus pro parte suâ condemnatus solverit, inter interpp.controversiam pa-

titur. Communis est sententia, condemnatum solventem non liberari, nisi cæteri etiam coheredes in eodem homine partes à se debitas solvant. *Bartol. ad dict. l. 2. §. si tamen. ibid. Jaso. num. 6. Duaren. in verb. egero. Castrens. Bald. & alii h. tit.* Ideoq; textum *in d. l. 2. §. si tamen.* intelligunt de eo, *qui egit, & succubuit:* & ita intelligi oportere, primùm ex eo colligunt, quòd multis aliis locis hac significatione, *verb. agere,* & *egisse*, positum invenitur, veluti *in leg. si quis totum. leg. si à te. ff. de*
206 *except. rei judic.* † Deinde quia in ambiguâ verborum significatione ille sensus est amplectendus, qui vitio caret: *l. in ambigua ff. de legib.* Atqui hæc expositio, *egero & succubuero in dict. l. 2. §. si tamen.* vitio caret: ut colligi posse videtur *ex vers. pars dun taxat cæterorum superer it, ut & solvi potest. in dict. § si tamen.* Qui sanè *verb. pars dun taxat.* alioquin vel malè vel imperfectè cohæreret cum præcedente verb. *egero.* Si hoc verbum etiam victoriam includeret, & subaudiendum foret; *Egero & succubuero*, vel pro me petitore sententiam obtinuero: Imò si utrumque exaudiremus, hoc absurdum contra *l. in executione. §. pro parte. h. tit.* induceremus; ut condemnato fas esset in quocunque alio homine partem suam solvere, non expectatis coheredibus, ut & ipsi in eodem homine suas partes solverent: & ita invito aliud pro alio reus posset solvere, & liceret in diversis hominibus partes præstare. Hoc igitur absurdum ut evitetur, hæc suprapositа communi calculo recepta interpretatio vocis, *egero*, erit retinenda, *in dict. §. si tamen:* repudiatâ alterâ. Pro hac etiam sententia facit ordo contextus *in d. l. 2. §. si tamen.* Nam illum, *qui egit*, JCtus Paulus ibidem in *vers. idémque est*, si uni, *h. tit.* æquiparat illi, qui uni coheredum acceptum fecit. Acceptilatio autem est rei

libe-

liberatio. *l.1. l.& per jusjurandum 13. l.species. l. qui hominem.l.seq.ff.de acceptilat. §.item per acceptilationem.Instit. quibus mod. toll.oblig.* Ut ergo antecedens illud collationis membrum de actu liberatorio, atque ita de sententiâ absolutoriâ intelligatur, sequens membrum & collationis nota postulat. Cui & illud adstipulatur, quod *in eodem §.si tamen.vers.idémque in ipso promissore.* sequitur, ubi illud, quod de liberatione unius ex promissoribus, vel promissoris heredib. extendit ad fidejussores. Atqui in fidejussoribus non nisi altera illa vocis, *Egero*, expositio locum invenire potest, nempe quòd eorum alter sit absolutus, vel acceptilatione liberatus. Igitur nec antecedens collationis membrum alio sensu quàm de absolutoria sententia, & actu liberatorio interpretandum erit. Deinde qui cum uno heredum pro hereditaria parte agit, neque agendo, neque litem contestando, neque etiam subsequente sententiâ condemnatoriâ, hoc egisse videri potest; ut divisa intelligatur obligationis solutio, & remissa contractus conditio. Nam totum petere non potuit obstante XII. tabularum jure: quòd inter coheredes divisit obligationem: nec tamen partem debitam citra litem ab eo consequi potuit, vel quòd se pacto aut transactione liberatum, vel solvisse dicebat; aut planè stipulationem negabat, cæteris confitentibus, vel vitiosam arguebat. † Itaque coactus partem petere, non potest agendo videri divisisse obligationem, & remisisse naturam conditionemq; conventionis: cùm nemo in necessariis censeatur liberalis: cui etiam adstipulatur *l. reos. Cod.de fidejuss. l. si creditores 18. Codic. de pact. ibi faso.leg.si ex toto 8.§.1.ff.de legat.1.* 207

† Sed nec litem contestando censetur divisisse obli- 208

gationem, quæ cõditione solutionis erat individua: quia etsi litis cõtestatio est quædam novatio vel certè instar novationis, *l. aliam 29. ff. de novation.* tamen, cùm necessaria sit, naturam, jus, & privilegium causæ in judicium per litis contestationem deductæ nõ
209 mutat: *dict. l. aliam 29.* † Proinde, nec diversa ratio est sententiæ condemnatoriæ, tum quia & illa est quasi quædam novatio, *l. fin. Cod. de fruct. & lit. expens.* tum quia intelligitur ea secundùm naturam intentatæ actionis, & petitionem actoris. *leg. fin. vers. miramur. Cod. de fideicommiss. l. penult. Codic. de sentent. quæ sine certa quant.* Quòd si ergo non obstante exceptione, unus ex coheredibus, cum quo actũ est, condemnetur, solutio judicati istius, non aliter fiet rectè & ex sententiâ judicis, quàm si in eodem homine, in quo cæteri partes suas vel solvissent, vel soluturi sint, eti-
210 am solvat. † At contradicere videtur tacitè Bald. & Ferret. *in dict. l. 2. §. si tamen.* ibidem verò expressè Donell. *num. 6. 7. & seq.* & Alciatus *in verb. egero. h. tit.* & item Alciatus *lib. 1. paradoxo. cap. 8.* qui contendunt, imò si reus condemnetur & solvat, eum statim liberari, non attento, utrum in eodem homine partes suas solverint coheredes; vel soluturi sint. Nam qui non cum omnibus, sed cum uno coheredum agit, videtur tacitè obligationem hanc dividere, nisi cum protestatione peteret: cùm volens hoc faciat, non invitus. Deinde ab eo, qui condemnatus solvit in aliquo homine tantam partem, quantam dare damnatus est, ab eo ampliùs peti eadem pars non potest, cessante judicati actione; quàm & exceptio solutionis, & rei judicatæ esset elisura: quippe cum eodem de eadem re ex eadem causâ esset acturus eadem actione: quo casu notum est, obstare rei judica-

tæ ex-

tæ exceptionem; *l.3.l.4.l.5.l.si quis 7.l.& an eadem 14.ff. de except. rei judicat.* Qui igitur condemnatus solvit, omnino liberatur, cujuscujus hominis partem solvat, non expectatâ solutione coheredum, an in eodem individuo futura sit nec ne. Cui etiam hoc suffragari videtur, quod *in leg.si cum uno 22.ff.de except.rei judicat.* responsum est: *si cum uno heredum actum sit, hoc cæteros non concernere: quia mutatio personarum aliam atque aliam rem faciat.* Itaque hîc etiam factam censeri aliam atq; aliam rem, tam per litis contestationem, quàm condemnationem: maximè secutâ solutione. Item, qui partem hanc ab uno petit, non alio modo petit, quàm quo ab invito exigere posset: Atqui ab invito non alio modo exigitur, quàm ut in exacto contingat liberatio. *l.2. §.& harum. h.tit. l. solutione 23. ff.de solution. l.quidam.ff.de rebus credit.* Urgent præterea generalitatem vocis *Egero:* quòd ea utrumque includat, & condemnationem & absolutionem, alternativè licet. † Verùm mihi placet communi acquie- 211
scere: tum quòd textum expressum non habeamus, quo infirmetur: tum quòd commodâ æquitatis ratione defendatur. Valde enim durum esset, si negando, vel liti causam præbendo alter coheredum hoc efficere posset, ut lite secum contestatâ, & sententiâ subsecutâ, innovata intelligeretur in tantum obligatio, ne ampliùs legi contractus, ejusque naturæ esset adstrictus: imò ita eveniret, ut non actor, sed reus per litis contestationem conditionem suam faceret meliorem: ut ex temeritate litigandi commodum, non incommodum sentiret. Præterea lis inter eos est, utrum æquè teneatur, suam partem in eodem solvere homine, sicuti cæteri coheredes ejus? non utrum alicujus hominis, cujus ille vellet, par-

212 tem debeat? † Decisio itaque litis ipsi liti est accommodanda, & ex eâ interpretanda. *arg. d. l. fin. C. de fidei-comm. d. l. pen. Cod. de sent. quæ sine cert. quant.* Nec etiam aliâ mente solutionem ex judicati causâ actor potest videri admisisse, quàm secundùm contractus, ex quo condemnatio facta, naturam & legem. Nunc autem isti legi satisfactum non foret, si liberaretur in quacunque, non ejusdem hominis parte solutâ. Quibus ut & suprà declaratis argumentis facilè ea

213 quæ obstare videbãtur, eliduntur. † Nam nec rei judicatę, nec solutionis exceptio aliter cum effectu excludit actionem judicati, quàm si integrè satisfactum sit sententiæ. *l. cùm quæritur 12. & seqq. l. evidenter. l. cùm de hoc 27. ff. de except. rei judic. l. liberationis. de verb. signific. l. solutum. eod. l. solutionis 54. ff. de solut. l. 9. §. fin. ff. eodem.* Hìc autem satisfactum ei esse negatur, tum ex naturâ negotii, ex quo secuta est condemnatio; tum ob ęquitatem, ne invitus actor aliud pro alio in solutionem admittere cogatur, contra *l. in executione.*

214 *§. pro parte. h. t.* † Ideoque si excipiatur de re judicatâ, replicare licebit vel in factum, vel de dolo: quòd nõ rectè eam opponat exceptionem, qui verba sententiæ captans, mentem pronunciantis circumvenit,

215 *argum. l. fraus. ff. de legib.* † Deinde, quæ *ex d. l. si cum uno 22. de except. rei judic.* adfertur, consequentia negatur. Intelligitur sanè non eadem, sed alia atque alia res in judicium deducta ob divisam obligationem, respectu exceptionis judicatæ, ne unius absolutio vel condemnatio alteri coheredum prosit vel noceat: Sed hinc consequens non est, ergo agendo & litem contestando obligatio quælibet, quo ad substantiâ, naturam & conditionem suam, censetur inter coheredes, non solùm intentione, sed & executione divi-

divisa: Alioquin hoc etiam non solùm in naturâ dividuis, conditione verò conventionis individuis, sed in qualibet etiam individuâ obligatione admittendum foret. Cessaret enim prohibitæ divisionis ratio. Sed hoc non admittitur: ergo nec illud. Quæ igitur JCtus *in dict. leg. si cum uno 22. κατὰ τὸ* pronunciavit, non debent in infinitum, & alium sensum porrigi. † Sic in exacto ab invito tum demum contingit liberatio, si secundùm legem contractus sit facta, ut ex suprà dictis liquet. At qui in alio & alio homine partem solvit, secundùm legem, conditionem & jus contractus non solvit: non ergo liberatur: *argument. dict. l. liberationis. d. l. solutum. cum ibi not. a. de verb. signific.* Sed nec generalitati vocis, *Egero*, hîc locum sortiri; ex ipso contextu ostensum est. Quamobrem non video, cur à communi recedere debeam. 216

† Quibus hoc etiam expeditum est, servitute eundi, ambulandi, agendi, calcis coquendæ, aquæ ductus, & similium promissa, in solidum singulos heredes teneri singulis stipulatoris heredibus; neque inter eos per legem XII. Tabularum dividi: quia res sint individuæ naturâ & jure. *leg. heredes. §. contra. ff. famil. herciſc.* Itaque uno heredum convento, nec solvente, condemnari, nec aliter liberari, quàm si solidum iter, solidam viam constituerit, aut solidam æstimationem præstiterit, *dict. l. 2. §. ex his. h. t.* & quod ita solvit, à coheredibus repetit, *d. l. 2. §. ex his. l. heredes contra. ff. famil. herciſcund.* † Solidam servitutem præstare potest, si aut totus ei fundus sit per divisionem hereditatis assignatus, *Anton. Gomez. d. cap. 10. nu. 16. vers. secunda conclusio. per l. continuus. §. fin. ibi gloß. h. t.* vel soli prælegatus, *Bartol. ad l. stipulationes non 72. nu. 7. h. tit. Anton. Gomez. d. num. 16. vers. secunda conclusio. per d. l. continuus,* 217 218

§. fin. l. in judicio. ff. famil. herciscund. aut cogat coheredes, ut in communi fundo unà secum actori servitutem debitam constituant: *argu. l. Sabinus. ff. communi divid.* quod & ipsum faciet actione familiæ herciscundæ, vel communi dividundo aut excipiendo, ut denegentur coheredibus actiones, vel quo alio
219 competenti modo. † Vice versa plures stipulatoris heredes cum promissore vel ejus herede nõ possunt pro parte experiri, sed in solidum agent singuli, ut debita servitus vel uni eique soli agenti constituatur: *dict. leg. 2. §. ex his. h. tit. dict. l. heredes. §. an ea. ff. famil. herciscund.* Et tum adversus cæteros reus, qui solvit quod debuit, tutus est exceptione, vel solutionis, vel tibi non competit actio: & coheredes stipulatoris agent cum coherede, cui servitus constituta est, ut cedat, *dict. l. heredes. §. an ea:* & nisi cedat, condemnatur in æstimationem constitutæ servitutis pro parte hereditaria singulis. Cujac. *ad dict. leg. 2. §. ex his. per illum textum.*

XI. CONCLUSIO.

220 *SI† quoque faciendi stipulatio fuerit à defuncto contracta, heredes heredibus in partem facti dividui censentur obligati: ut qui pro sua parte fecerit, quod facere debuit, liberetur: qui non fecerit, pro ea parte in id, quod interest, vel pœnam conventam condemnetur.*

l. 4. h. tit. cum ibi nota. Omne enim factum, ut suprà dictum est, videtur esse in conditione solutionis & liberationis, ut stipulatio in id, quod interest, vel in pœnam, non committatur. Si autem promissor suo tem-

tempore non faciat, censeri ideo commissam stipulationem, quanti interest, aut pœnam; quia elegerit potiùs hanc pœnam, quam promisit, vel id quod interest, solvere, quàm promissum factum præstare. Nequit autem interesse actoris pro majore, quàm quâ facere tenebatur nec fecit promissoris heres; parte etiã pro majore, quàm hereditariâ, actori non condemnabitur. *d.l.4. h.t. ibi Dd.* Eadem ratio est, si ex parte actoris plures exsistant heredes; nam & inter ipsos divisa est dividui facti obligatio: Ideoque etiam ille solus aget, cui nõ est id factum præstitum, quod ei præstare debebat. *d.l.4. in fin. h.tit.* Qua de re plura *in d. conclus. 22. cap. 6.*

XII. CONCLUSIO.

SI † verò factum promissum sit individuum, ipsum quidem factum singulis heredibus in solidum & à singulis solidum debetur, nec pro parte factum liberationem adfert: at si non in solidum suo tempore præstent heredes, & vel unus heredum promissoris contrà faciat, quàm fieri oporteat, contra omnes in solidum commissa erit stipulatio, sed ita, ut cùm aut id quod interest aut pœna tantùm jam sit in obligatione, singuli non in solidum, sed pro hereditaria parte per illum, cujus interest, vel contra quem in stipulationem peccatum est, eâdem exigantur. 221

dict. l. 2. §. item si in facto. §. fin. l. seq. l. 4. l. 5. §. fin. l. stipulationes non dividuntur 72. vers. idem puto. vers. Celsus tamẽ. l. in executione. vers. secunda ad opus. l. si stipulatus 111. l. si sic stipulatus 133. h. tit. l. cui fundus. ff. de condit. & demonstrat.

l. si is qui quadringenta. §. quadam. ubi Bartol. Alber. Alexan. Jaso. ff. ad leg. Falcid. & in dict. l. 2. d. l. 3. d. l. 4. l. stipulationes non 72. post eosdem Alciat. Castrens. Ferret. Duaren. Donell. Cujac. h. titul. Anton. Gomez. d. cap. 10. tom. 2. variar. resolut. nu. 23. vers. secundo modo. vers. tertio modo. vers. quarto modo. vers. tertia ratio est. l. si servus 9. §. 1. ibi Dd. ff. si quis cautio. jud. sist. Sed cùm hæc satis declarata sint *in dict. conclus. 22. cap. 6.* cum suis observationibus: non repeto.

CUI EX HOC CONTRACTU ACQUIRATUR OBLIGATIO, PER QUEM, ET ADVERSUS QUEM.

CAPUT X.

NON satis est, nos intelligere, ex hoc contractu nasci obligationem; eamque in heredes continuari, sive in dando, sive faciendo consistat id, quod promissum est: nisi etiam intelligamus, cui, per quem, & adversus quem possit hæc obligatio acquiri. Nam non omni & cuique, neque per quemcunque, neque adversus quemcunque acquiri potest: ut vel ex eo, quod suprà de deportato, de muto, surdo, furioso, prodigo, pupillo, filio proprio, fratre & similibus diximus, liquet. Restat itaque videre de eo, cui, & per quem, & adversus quem hæc acquiratur obligatio: verùm ita, ut non repetamus hîc ea personarum adjuncta & causas, quæ stipulationem ipsam reddunt infirmam: sed utrum eam possimus non solùm per nosmetipsos, sed etiam per alios acquirere vel pati.

De

De qua quæstione sequentes observandæ sunt conclusiones.

Summæ.

1 *Per stipulationem quisq; sibi non alteri acquirit, nemoq; alteri quid dari fieri stipulatur.*

2 *Nec subditus fisco, nec vasallus domino, nec filius matri, nec vicinus vicino &c. stipulatur.*

3 *Etiamsi eorum interesse videatur.*

4 *Dissentiunt quidam circa rempub. & patriam.*

5 *Dissentiunt etiam quidam in vicino honesto.*

6 *In arbitro quidam quoq; dissentiunt.*

7 *Alii fatentur, hanc conclusionem veram jure tantùm Civili, non etiam Canonico.*

8 *Refutantur, qui contrarium circa Rempubl. & patriam tenent.*

9 *In stipulatione versantur res œconomicæ.*

10 *Ratio cur filiifam. patri acquirant.*

11 *Refutantur ii, qui jus Canon. hac in parte dicunt dissentire à jure civili: & exponitur facti species cap. pastoralis. §. 1. extr. de offic. ordin.*

12 *Argumentum à judice ad arbitrum non procedit.*

13 *Inutilem stipulationem non producere obligationem, etiam jure Canonico, quidam docent.*

14 *Correctiones juris non sunt admittendæ deficientibus legibus correctoriis.*

15 *Inutilis stipulatio non habet utile pactum.*

16 *Rejicitur distinctio inter denunciationem evangelicam, & actionem ordinariam vel extraordinariam.*

17 *In feudo posse alterum alteri stipulari, quidam contendunt.*

18 *Pactum & stipulatio æquiparantur.*

19 *Origo feudi hereditarii & quod dicitur ex pacto & providentia.*

20 *In feudali quæstione deficiente jure feudali, recurrendum potiùs ad jus Canonicum, quàm civile.*

21 *Magis est, ut nec in feudis possit alter alteri stipulari, ne quidem frater fratri.*

22 *Diſsentientium opinio non probatur textu juris.*

23 *An donationes ab hac concluſione excipiantur? quod quidam affirmant.*

24 *Sed negativa defenditur, ubi explicatio & facti ſpecies. l. 22. C. de donat.*

25 *Multum differunt inter ſe, qui adjiciuntur obligationi, & qui ſolutioni.*

26 *Quæſtio, utrum valeat ſtipulatio, mihi decem aut Titio Pamphilum.*

27 *An talis ſtipulatio in totum, vel pro parte ſit vitioſa.*

28 *Diſtinguitur inter dividua & individua.*

29 *Perſona inutilis eſt reſecanda.*

30 *Excipiuntur honoraria ſtipulationes.*

31 *Dotis favore etiam ab hac concluſione receditur.*

32 *Idem favore piæ cauſæ.*

33 *Summa ratio eſt, quæ pro religione ſuscipitur.*

34 *Excipiunt judicem officii ſui cauſſa alteri ſtipulantem.*

35 *Si ſtatuto vel conſuetudine alibi cautum, ut poſſit alter alteri ſtipulari; huic ſtandum erit.*

36 *Excipitur etiam ſervus publicus & notarius.*

37 *Si ex ipſa re inter ſit ſtipulatoris alteri dari vel fieri, valet ſtipulatio.*

38 *Sic tutor ſtipulatur, rem pupilli ſalvam fore? & debitor, ut creditori ſuo ſatisfiat.*

39 *Alteri dari vel fieri rectè ſtipulamur ſubditâ pœna ſtipulationi in eum caſum, ſi non detur, non fiat.*

40 *Hæc concluſio eſt per ſe principalis, nec pro exceptione 1. concluſionis habenda.*

41 *Pater filiofamil. & dominus ſervo ſtipulantes ſibi acquirunt.*

42 *Secus ſi ſit filius emancipatus, cui ſtipulatur.*

43 *Collatio l. 26. Cod. de jur. dot. cum l. Gajus Sejus 45. ff. ſolut. matrim.*

44 *Sola perſonarum affectio hoc non operatur, ut alter alteri ſtipuletur, & ſtipulando acquirat.*

45 & 46 *Conſidera. l. 7. C. de pact. convent. tam ſup. dot.*

47 *An ex re mea mihi tertius aliquis poſſit contrahendo & paciſcendo utilem actionem in perſonam acquirere.*

48 *Requiſita, ſi pater filio ſtipuletur, ut ſibi acquirat.*

49 *Quid circa adventitia bona hodie ſtatuendum.*

50 *An verba sint suppositicia in l. 39. & l. 130. h. t.*

51 *Filiusfam. non est pleno jure dominus adventitiorum: multo minùs habet jus familiæ in iis rebus.*

52 *Nunquam servo quæsita est obligatio.*

53 *Procedit hæc conclusio in his, quæ juris; non quæ facti.*

54 *Filiusfam. & servus stipulando nobis acquirunt.*

55 *Servus communis acquirit suis dominis modò pro dominicæ portione, modò pro virili, nisi aliud actum sit.*

56 *Unde colligi possit, dominorum nomina esse expressa potiùs demonstrandi causâ, quos dominos haberet, quàm ut partes obligationis ostenderet servus.*

57 *Cur proprii nominis & appellativi ratio habeatur.*

58 *Axioma Dd. an & quatenus subsistat, adjectivum nomen demonstrandi causa, non etiam proprium exprimi.*

59 *Hereditarius servus stipulando hereditati acquirit.*

60 *Jacens hereditas est pro domino.*

61 *Futuro heredi nominatim stipulari non potest servus hereditarius.*

62 *Idem circa pacta servatur.*

63 *Servus fructuarius usufructuario acquirit, & quatenus.*

64 *Servus uxori donatus à marito an & quatenus ei acquirat.*

65 *Donatio inter virum & uxorem regulariter prohibita: sed per mortem confirmatur, qua revocata non est.*

66 *Quem bona fide possidemus hominem liberum vel servum, an & quatenus nobis acquirat.*

67 *Alium promittendo non obligamus.*

68 *Nisi institores nostri sint, vel exercitores, aut similes personæ.*

69 *Olim ab heredibus & in heredes actio non incipiebat? hodie secus.*

70 *Post mortem meam, vel tuam dari fieri? olim erat inutilis stipulatio.*

71 *Pridie quàm moriar? quàm morieris? olim erat inutilis.*

72 *Post mortem tertii, qui pater vel dominus non ésset, rectè dari fieri apud veteres promittebatur.*

73 *Sed Justinianus indistinctè constituit, hodie ab herede & in heredem posse incipere obligationem.*

I. CONCLUSIO.

1 *PEr† stipulationem quisque sibi, non alteri acquirit obligationem: nemoq; alteri quid dari vel fieri rectè stipulatur.*

l.stipulatio ista 38.§.alteri.l.inter stipulantem 83.leg.si ita stipulatus fuero 126.§.Chrysogonus.h.tit.l.3. Cod.de inutilib. stipula.§.si quis alii. §.alteri.Instit.de inutilib.stipul.& utrobique Dd. Quæcunque enim gerimus, quæcunque contrahimus, cùm ex nostro contractu originē trahunt, nisi ex nostra persona initium capiāt, inanem actum efficiunt,*l.quæcunque.ff.de obligat.& action.And. Tiraquel. in tracta.le mort le vif. declara.4.part.2.nu.9.* Et præsertim hoc ita est in stipulatione: utpote,quæ ad hoc tantùm inventa esse perhibetur, ut quisque sibi quod suâ interest,non alteri acquirat. *dict. l. stipulatio ista 38.§.alteri.h.tit.dict.§.alteri. Instit.de inutilib.stipulat.l. quo tutela.§.fin.ff.de reg.jur.d.l.3.Cod.de inutil. stipulat.l.1. Cod.per quas person. nob.acquir. Andr. Tiraquel.d.declar.4. part.2. num.9. & de jure retractus proximor. in præfat.num. 40.& in §.1.gloß.9.num.132.in eodem tracta.Anton.Gabriel. lib.3.conclus.tit.de verb. obligat.conclus.1.* ubi prolixè hoc
2 axioma examinat: † & in tantum verum perhibetur,ut nec fisco vel Reipub. subditus, *Bartol. in l.1. per illum text.ad fin. ff.de jur. fisc.& ad leg. si ita stipulatus 126. §.Chrysogonus.colum.1.h.t. Jaſ.in d.l.stipulatio ista 38.§.alteri.& §.si stipuler.h.tit.* nec vasallus domino,*Bartol.ad d. §.Chrysogonus.* nec filius matri, *l. debitor. in fin. ff.ad SC. Trebell.ubi gloß.*nec mater filio,vel filiæ, *Barto.ad l.quod dicitur.h.titul.Castr.ad l.Gajus. ff.soluto matrimon.l.mulier 70. h.tit.* nec consanguineus consanguineo, *gl.ad l.si de jussoris. ff.de pactis. Jaſo.ad l.& heredi. §.in his.ff.eod.* nec

vici-

vicinus vicino, *Jas. ad d.l. stipulatio ista. §. alteri. h. tit.* nec advocatus clienti, vel contrà, *Bald. ad leg. universos. C. de decurion. libr. 10.* nec libertus patrono, *d.l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. h. tit. ibid. Bart. Imol. Alexand.* nec amicus amico, *Bart. ad d.l. fidejussoris. ff. de pact.* nec arbiter iis, à quibus receptus est, *Specula. in titul. de arbitr. §. fin. vers. sed quid si stipulatus. Abbas & Imol. ad c. dilecti. extr. de arbitr.* nec procurator ad negotia suo domino, *per d. §. Chrysogonus. ibi Castrens. num. 6.* stipuletur. † Nec ad 3
rem facit, horum interesse posse, non solùm ob affectionem, verumetiam pecuniariter: puta, ut sibi amicus amicum, cliens advocatum, libertus patronum, vasallus dominum, consanguineus consanguineum, vicinus vicinum, magis magisque ad officia mutua devinctum retineat, vel eò faciliùs ab ipso quid impetrare possit: quia non ex ipsa re in stipulationem deducta & ex ipso contractu interest, sed aliunde; & quod minimè in hunc contractum descendit, nec cujus intuitu principaliter contrahitur. *Bartol. ad dict. leg. fidejussoris. ff. de pactis. ibidem Baldus & Castrens. ad leg. & heredi. §. in iis. ff. eodem. Jason ad leg. si unus. §. 1. ff. de pactis. & ad leg. 1. ff. de in lit. jurand. gloss. ad leg. si tibi. §. si pactus. verb. proderit. ff. de pactis. ibidem Bald. in antiqua lectu.* Itaque in tantum ejusmodi stipulatio irrita est, ut neque isti tertio, neque etiam ipsi stipulatori ex ea competat obligatio, vel actio, *per suprà allegata.* † Sunt sanè qui in civitate, sive 4
Republica contrarium tenuerunt, veluti Raphaël Cuman. *in dict. §. Chrysogonus.* & Castrens. *ibidem.* qui putat, Cumani opinionem sustinere posse; tum, quòd subjectio Reipub. & patriæ debita non minor sit patriâ potestate, *l. 2. ff. de justit. & jur.* tum quòd nō solùm nobis, sed potissimum patriæ, & amicis &

parentibus nascamur: *l.1. ff. de ventre in possess. mittend.*
5 quod & Cicero alibi asseruit. † Sunt etiam qui in vicino honesto dissentiunt; ac si vicinus vicino probo honestoque, non etiam inhonesto stipulari possit, *per c. pastoralis. §.1. vers. nec per alium. vers. coram publicis & honestis personis. extr. de offic. ordinar.* quem textum ita *ibid.* accipiunt Hostiens. & Johann. Andre. itemque
6 Imola tanquam singularem. † Sed & in arbitro dissentit gloss. *in dict. cap. dilecti. ext. de arbitr.* cùm arbiter instar judicis sit, & putetur judicem posse alicui stipulari, *gloss. ad §. si quis alii. verb. nihil agit. Institut. de inutil. stipulation. Abb. in cap. pastoralis. §. final. extr. de offic. ordinar. Bald. ad leg. 1. vers. sed quid de judice. Codic. per quas personas nob. acquir. Petrus de Anchor. in cap. 1. de renunciat.*
7 † Sunt denique, qui hæc vera fatentur jure solummodò civili, non etiam canonico: quippe quòd jus Canonicum attendat tantùm naturalem obligationem, *per cap. 1. extr. de pactis.* Ex tali autem stipulatione, qua alteri stipulamur, etsi non nascatur civilis obligatio; nasci tamen naturalem. *gloss. ad dict. leg. stipulatio ista. §. alteri. h. titul. & in dict. §. alteri. Institut. de inutil. stipulationib. Bartol. in leg. si quis pro eo. per illum textum. ff. de fidejussor. Castrens. ad leg. 1. Codic. per quas person. nob. acquir. Anton. Gabrielius dict. conclus. 1. libr. 3. commun. opin. titul. de verbor. obligation. numero 65. & 66.* Inde *argument. gloss. in cap. quoties cordis. 1. quæst. 7. Imola, Angel. ad leg. 1. ff. de pactis. Anton. de Butri. ad cap. si cautio. extr. de fide instrument. Alban. ad dict. cap. dilecti. extr. de arbitr. Curt. junior de feud. part. 2. de laicorum feud. num. 60. Paul. Paris. cons. 12. num. 24. vol. 2.* confici posse putant, jure Canonico posse alterum alteri efficaciter stipulari & stipulando acquirere: maximè si jusjurandum accedat, *Paul. Paris. d. cons. 12. nu. 24. vol. 2. Alexand. ad d. l. stipu-*

latio

latio ista. §. alteri. † Sed hi meritò audiendi non sunt; 8
& optima ratione ab Alexandro reprehenditur Raphaëlis Cuman. & Castrens. opinio, de subdito Reipubl. *in dict. §. Chrysogonus*: cùm Patriæ parere teneamur, non quia sit par patria potestas patris & patriæ, vel quòd in potestate paterna patriæ simus: alioquin nullus civium posset filium in potestate habere: sed quòd Patriæ parere tenemur, cùm juris naturalis, tum legis publicæ autoritate. Proinde, si qua potestas Patriæ est in subditos, ea ad publica munera, præmia & pœnas ad statum Reipubl. & constituendum & conservandum, non etiam ad res patrimoniales, & œconomicas spectat, nisi universè *per l. 2. ff. de justit. & jur.* † In stipulationibus autem, ut & 9
in cæteris contractibus, res versantur œconomicæ particulatim. Sicut ergo amicis & consanguineis non rectè stipulamur, etiamsi non minùs ipsis, quã patri nascimur, *autore Cicerone*, ita nec patriæ. † Imò 10
verò cur patri acquirant filiifa. (de quo paulo pòst) ejus rei ratio non est, quia patri nascimur; sed in potestate, in familia, in œconomico ej° dominio quodammodo existimus. † Aliena quoque expositio 11
& penitus à vero sensu verborum remota est, *dict. cap. pastoralis. §. 1. verb. coram publicis & honestis. extra. de offic. ordin.* quam Hostiens. Johann. Andr. & alii adferunt, ut inspicienti facilè notum redditur. Tractatur hæc quæstio: Si delegatus Papæ aliquem ob contumaciam excõmunicasset, aut ejus adversarium in possessionem bonorum immobilium litigiosorum misisset, & deinde decessisset: pòst peteret excommunicatus absolutionem, vel qui missionem passus in possessionem, offerret cautionem; quid juris, an ordinarius loci possit absolvere? an abolere in posses-

sionem factam missionem? Rescribitur, ordinarium neutrum posse, cùm delegatus Papæ in hac causâ majorem habuerit potestatem & majus imperium, quàm ordinarius. Est enim instar delegati principis, de quo *in l. à judice. C. de judic.* Excipitur tamen casus, si in periculo mortis excommunicatus sit cõstitutus: aut annus post factam missionem propè elabatur: tum poterit offerre cautionem judicio sisti & judicatum solvi, non solùm coram delegato Papæ, ejusq; successore, vel ordinario loci, verùm etiam coram quibuscunq; honestis & probis viris, ut per lapsum anni non fiat verus possessor, qui missus fuit. Intelliguntur ergo *in d. c. pastoralis. §. 1.* personæ honestæ, non stipulantes, non promittentes alterius nomine: sed judicis vel ordinarii, vel delegati locum supplentes, coram quibus offeratur testatò hæc cautio: & ita non probat illud, ad qp probandum ad-
12 ducitur. † Argumentum à judice ad arbitrum non procedit; cùm arbiter munus publicum non sustineat, uti judex. *l. quippe. ff. de judic.* nec ad ejus officium pertineat, cujus certi sunt limites. At multis casibus hoc ad judicis officium pertinere potest: quibus casibus solis locum habet, quod communis schola de judice asserit, ut ex iis, quæ in hanc sententiam Anton. Gàbriel. *d. concl. 1. num. 85. 86. 87. 88. 89. 90. & 92. ac seq.*
13 congessit, notum fieri potest. † Deniq; multi sunt, qui negant, Jure Canonico aliquam obligationem producere ejusmodi inutilem stipulationem, ut & suprà aliquoties monuimus; & patet ex Angel. & aliis Dd. *ad d. §. alteri. Felin. in proœm. Decre. verb. Gregori⁹. & alios à Gabriel. dict. conclus. 1. num. 67. vers. contrarium tamen.* citatis. † Neq; verò facilè sunt correctiones juris inducendæ deficientibus textibus correctoriis.
14

Et

Et multis modis laborat argumentum pro hac parte adductum. Primò enim major hac declaratione accipi debet; si scil. secundùm naturalis juris formã contrahentes contrahere & paciſci voluerint: quod si ſtipulari, si modum civilem malint obſervare: niſi ſecundùm juris civilis regulas obligentur, ne quidem naturaliter juxta Jus Canonicum obligati erunt: quia conſenſus contrahentiũ deficeret. † Deinde minor falſa dicitur, & fundamento deſtituitur: ut ſuprà aliquoties: ubi oſtenſum eſt: cùm ſtipulatio juris ſit civilis, eam inutiliter contractam, ne quidem utile pactum habere, niſi hoc etiam agatur, *per l. 8. ff. de acceptilation.* † Nec magni momenti eſt, quòd quidam diſtinguunt inter actionem ordinariam vel extraordinariam, & viam denunciationis Evangelicæ; ut loquuntur: *Imol. in dict. l ſtipulatio iſta. §. alteri. Anton. de Butr. in dict. capit. ſi cautio. & ibid. Felin. extra. de fide inſtrument.* Nam non magis hæc, quàm illa locum habet: tum quòd Evangelica & Prophetica doctrina prodita non ſit, ut jura ob bonũ publicum introducta corrigat, vel nova remedia exequendæ juſtitiæ prodat; ſed ad ſtudium vitæ cæleſtis & pietatis invitet: tum quòd jubeat omni honeſtæ ſanctioni, cujusmodi hæc de ſtipulationibus eſt, obtemperare; nec velit eam corrigere. *Rom. 13.* Jure igitur tam Canonico, quàm civili hæc concluſio tenenda eſt. † Sed an fallat in feudo acquirendo, inter interpp. controverſum eſt. Sunt, qui putant regulariter idem quoq; in feudis obtinere, ſolo fratre excepto. Hunc enim poſſe ſibi & fratri ſtipulari & ſtipulando acquirere feudum. *Bald. & Salyc. ad l. fin. C. res inter alios act. Bald. ad cap. unic. ſi vaſall. feud. priv. Alvar. ad cap. unic. de duobus fratribus, de novo benef.*

15 16 17

inveſt. Curt. junior de feud. part. 2. de feud. laicor. num. 59. per cap. unic. §. cùm verò Corradus. verſic. ſin autem unus de his, qui feud. dar. poſſ. & cap. unic. de duobus fratribus à capitan. inveſt. cap. unic. de duobus fratribus. de novo benefic. inveſt. Contrà quidam indiſtinctè contendunt, uni per alterum ſtipulando feudum acquiri: tum quia, quæ ratio eſt cur frater fratri ſtipuletur, eadem quoque eſt in cæteris omnibus: quia non dicitur acquirere frater fratri ex regula vel natura contractus, ſed beneficio domini, *per dict. §. cùm verò Corradus. verſic. ſin autem:* tum quia quòd multę aliæ rationes id urgent, quas enumerat Curtius junior *dict. part. 2. de feud. laicor. à num. 57. uſque ad num. 62.* † Nam pactum & ſtipulatio, ajunt, æquiparantur, ut ubi pacto locus eſt, ſit & ſtipulationi, licet non ſemper contrà, *argum. l. 3. Cod. de uſur.* atqui pacto effici poteſt in feudo inveſtituræ inſerto, ut illud non ſolùm ad fratrem, ſed extraneum quemlibet etiam poſſit pertinere: *c. 1. §. penultimo & ultimo. quid ſit inveſtit. cap. 1. de feud. non habent. propr. feud. natu.* † Ex qua doctrina duo illa feudorum genera orta, quorum alterum dicitur feudum hereditarium: alterum ex pacto & providentiâ. *Hartm. Piſtor. quæſt. 1. & quinq; ſeqq. lib. 2.* Ergo idem poterit quoque ſtipulatione fieri. Sicut enim natura feudorum mobilis & mutabilis videtur, in quibuscunque aliis, ita & hîc videri poterit, ut à communibus juris regulis recedatur. *cap. unic. de eo qui ſib. & hered. ſuis maſc. & fœm.* Sed ſtipulatio non item, uti pactum in continenti adjectum pars eſt cõtractus: ideoque hac in parte argumentum à pacto ad ſtipulationem non procedit. † Neque etiam vim facit, quòd ajunt in feudali jure, ſi proprium jus conſuetudinarium deficiat, ubicunque jus civile diſcre-

pat à

pat à Jure Canonico, in dubio potiùs recurrendum esse ad Jus Canonicum quàm civile. *Bald ad cap. imperialem. §. fin. de prohib. feud. alien. per Frider.* Canonicum autem Jus permittere, ut alii per alium acquiratur obligatio ex stipulatione. Etenim suprà probatum est, falsum id esse: ne qua jurium correctio, præposterâ argumentatione introducatur. † Magis ergo placet Curtii Junioris *d. part. 2. de laicorum feud. nu. 62. & seqq.* sententia asserentis, non solùm extraneum non posse, sed nec fratrem fratri feudum, aut in feudo quid stipulari: cùm illud nullibi specialiter traditum sit: & regulariter parere oporteat juri communi, ubi aliud specialiter circa feuda non reperitur dispositum. *c. unic. de feud. cognit. Bal. ad l. cũ oportet. C. de bon. quæ liber. & ad l. 2. Cod. de suis & legi.* In quam etiam sententiam concessit Bartol. *in l. si mihi & Titio no. h. t.* Jason *ad d. §. alteri.* Præpos. *in c. un. de fratrib. de novo benef. investi.* † Nec quicquam facit *dict. capit. 1. §. cùm verò Corradus in fin.* quia non agit de stipulatione, quę seorsim & per se consistere debet, sed de pacto in continenti adjecto, ut conservet successionem feudi: quam non æquè per stipulationem conservare licet, nisi etiam hæc ita in continenti fiat, ut pars sit principalis contractus; non per se fiat & consistat: secundùm Curtium. Constans ergo & immota manet hæc conclusio etiam in materiâ feudali. † Quę- stionis quoq; est, anne favore liberalitatis exercendæ donationes ab hac regula excipiantur? Sanè glos. Bald. Salyce. *ad l. quoties 3. & ibid.* Gothofred. *C. de donation. quæ sub mod. vel condi. per illum text. in vers. sed cùm postea.* Castrens. *ad dict. l. debitor. §. ultim. ff. ad SC. Trebellia.* id arbitrati sunt, cùm Diocletianus & Maximinianus rescribant, benigna juris interpretatione

21

22

23

principes dediſſe actionem utilem juxta donatoris voluntatem ſecundo donatario adverſus primum, cui ad certum tempus donatum erat: ideoq; Marcellæ dari eam actionem, quæ ſorori ejus donatrici competeret, ſi ſuperſtes hactenus manſiſſet. Verùm reclamat eorundem Impp. reſcriptum *in l. cùm res filio 22. C. de donatio.* ubi creditoribus, in quorum favorem donatio facta erat, ob neglectam donationis legem non datur actio ex ſtipulatione vel pacto in continenti adjecto, ſed ea dicitur tantùm donatori ejusq; heredi competere. Itaq; Bartol. *ad d. l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi ſtipuler. h. t.* contrarium tuetur, & rectè: nẽpe in exercendis liberalitatibus eandem regulam obſervari, quam in cæteris contractibus, niſi in formam fideicommiſſi incidant: ut *in l. Publia. ff. depoſ. ibid. Caſtrenſ.* & reſpondet Bartol. *in d. l. quoties.* fuiſſe pactum ſuper re propria à donatore interpoſitũ? Ergo acquiſiviſſe: extra illam verò cauſam nunquã acquiri. Mihi ne hoc quidem placet; cùm & idem factum videri poſſit *in d. l. cùm res filio 22.* † Verius igitur eſt: eo ipſo quo Marcellæ ſoror donaverat donatario fundum ad certum tempus utendum, convenitq;, ut finito illo tempore ſorori ſuæ Marcellæ donatarius reſtitueret fundum donatum, ut ipſa deinceps perpetuò donatum retineret, fideicommiſſi cauſam comprehendiſſe: & pactum eſſe, ut ſibi ſuperſtiti redderetur, vel ſorori Marcellę reſtitueretur, ſi ante tempus definitum ipſa donatrix decederet, tanquam tacitum quoddam fideicommiſſum; idq; benignâ interpretatione receptum eſſe ab Imperatoribus: qui ideo concedunt actionem donatricis utiliter: ac ſi illa hoc fideicommiſſo fuiſſet ceſſa. † Sed nec diverſum ab hac concluſione reſponſum eſt *in l.*

cum

cum qui ita stipulatus 56. §. qui sibi aut. l. cùm quis sibi 55. l. fi. §. fin. h. t. & in §. planè solutio. Instit. de inutil. stipul. ubi Titii persona non obligationi, sed solutioni adjicitur. Multum autem hæc differunt. Nam si quem solutionis causâ adjiciamus, ut stipulatione comprehendamus, non hoc volumus, ut illi, vel ex ejus personâ sit quæsita obligatio, sed ut non minùs illi, quàm stipulatori solvere liceat, ut si solutum alteri eorum sit, plena contingat liberatio. *l. quod stipulatus 10. l. si stipulat⁹ 11. l. si ita stipulatus sim 59. l. qui res suas. §. mihi decem. ff. de solution. dict. leg. cùm quis sibi 55. dict. l. fin. h. tit. d. §. planè.* At quando obligationis constituendæ causâ adjiciatur, hoc agitur, ut in ejus persona, & ex illa persona sit contracta obligatio. *l. si mihi 110. hoc titul.* Itaque urgente regulâ *in dict. leg. quæcunque. ff. de action. & oblig. & in l. inter stipulantem. h. t.* nequit esse contracta hoc casu obligatio; sive quæras, an stipulatori, sive an illi adjecto quæsita sit: nihil enim actum erit: isto priore potest videri rectè contracta; quia ex stipulatoris personâ tantùm consistit. † Hinc quæsi- 26
tum est, an valeat talis stipulatio: *Mihi decem, aut Titio Pamphilum?* Sanè alia res in persona Titii intelligi non potest, alia in persona stipulatoris, ne potiùs obligationis, quàm solutionis gratiâ adjectus censeatur. Ideoque Gajus *in l. fin. §. cùm mihi aut Titio. hoc tit.* docet, ita hanc oportere accipi, ac si dixisset, *mihi aut Titio decem vel Pamphilum*: ut si alterutrum Titio dederit promissor, liberetur exceptionis ope, propter utilitatem contrahentium; qui maluisse videntur, aliquid utiliter, quàm planè nulliter contrahere: cui etiam Jurisconsultus adstipula- 27
tur *in l. qui res suas. §. mihi Romæ. ff. de solution.* † Sic & illa hinc nascitur quæstio: utrum tota vitietur stipu-

latio, ut planè nihil actum sit; an verò pro parte & in personâ stipulatoris valeat, qui eandem rem vel summam & sibi & alii constituendæ obligationis causâ ab eodem stipulatus est? Hanc quæstionem decidit Justinianus *in §. quod si quis sibi. Instit. ut. de inutil. stipulat.* exemplo summæ: puta, *decem mihi & Titio dare spondes?* quo docet, utilem stipulationem ex persona stipulatoris non vitiari per inutilem collatam in personam Titii; cùm tot intelligantur stipulationes, quot res in eam deducuntur, *l. scire 29. h. tit.* At qui decem stipulatus est sibi & Titio: videtur quinque sibi, & quinque Titio stipulatus. Quo ad
28 quinque igitur, valebit stipulatio. † Et hoc in dividuis expeditum est; in individuis dubitatur. Sunt, quibus placet, in individuis totam esse vitiatam stipulationem; cùm nulla pars ejus videri possit utiliter in stipulationem deducta; ut si Titio & mihi ad hunc fundum iter vel viam stipuler. Contrà alii credunt, totam censeri validam stipulationem, ac si sibi soli solidum stipulatus sit: cùm sciret vel scire deberet tam promissor, quàm stipulator, pro parte solvi non posse; & adjectam personam tanquam inutilem resecari. Alii idem in individuis, quod in dividuis statuunt. Sed neque horum neque istorum ratio urget, cùm quidem communi fundo servitus imponi vel constitui non possit; at per unum stipulari, vel promittere nullibi vetatur; *per l. existimo. h. t.* nec difficultas præstationis obligationem o-
29 riri impedit, ut nec ortam extinguit, *l. 2. hoc tit.* † Ideoq; illis subscribendum dixero, qui inutilem personam resecant, ut tota res utiliter in stipulationem deducta censeatur. *argum. dict. leg. fin. §. cùm mihi aut Titio. hoc tit.*

I. Ex-

I. EXCEPTIO. † Cæterùm ab hac regulâ ex- 30
cipiuntur honorariæ ſtipulationes, ex quibus procurator domino ſemper utilem acquirit actionem, etiam ſine ceſſione. *l. in omnibus. ff. de prætor. ſtipula. l. damni 18. §. ultim. ff. de damna. infect. Bartol. & Cujac. ad leg. ſi procuratori 79. hoc tit. Anton. Gabriel. dict. concluſ. 1. num. 117. & ſeq. & 122.* idque utilitatis cauſa & judiciorum uſus extorſit: cùm prætor ob celeritatem judiciorum magis ſequatur naturalem rationem, & id quod reverâ actum eſt, quàm civilem ſubtilitatem, judiciorum ordinem facilè ſubvertentem. Quin imò hanc naturam illis prætor impreſſit, ut & multa alia: ut mirum non ſit, à communi ſtipulationum naturâ hac in parte recedere. Et per conſequens, cùm hoc ſpeciale ſit in prætoriis ſtipulationibus, rectè colligitur, procuratorem ad negotia domino non acquirere ſtipulando hanc obligationem ſine ceſſione. *dict. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus. hoc tit.* cùm exceptio regulam confirmet in caſibus non exceptis, *Dynus in proœm. de reg. jur. 6. num. 16. 17. & ſeqq. per l. tribunus. §. ultim. ff. de milit. teſtam. §. ut autem. Novell. de non alienand. aut permutand. reb. ad Eccleſ. Bald. ad leg. 1. §. ſed excipiuntur. per illum textum. ff. de feriis. Jaſon. ad l. 1. C. de verb. ſignif. Dec. per illum text. in l. 1. num. 21. & ſeqq. ff. de reg. jur.* Eaque ſententia etiam Bartolo *ad d. l. ſi procuratori 79. h. t.* placuit, *per l. 1. & l. ult. C. per quas perſon. nob. acquir.* niſi fortaſsè dominus præſens ſit & ipſe jubeat, vel ratum habeat coràm, quod agitur & ex ipſa re domini procedat: tũ enim perinde eſt, ac ſi ipſemet ſtipulatus eſſet. *d. l. ſi procuratori 79. h. t. l. quod procurator. ff. de procurat. l. ſi pecuniam. ff. de reb. cred. ſi certi pet.*

II. EXCEPTIO. † Dotis favore receptum eſt, 31
ut ſtipulatio alteri facta valeat, ſi ſimul perſonæ ſti-

pulantis affectio concurrat. *l. Gajus Sejus 45. ibi gloss. Bartol. Castrens. ff. solut. matrimon. Bald. Novel. de dote. part. 6. privileg. 22. & 23. 24. Anton. Faber. lib. 1. conjectu. capit. 4. circa finem. Anton. Gabriel. d. conclus. 1. n. 73. & 74.* tametsi sint, qui disentiant: de quibus Bal. *Novell. prædict. l. c.*

32 III. EXCEPTIO. † Eadem ratione favore piæ causæ receptum est, ut valeat stipulatio alteri facta, non ut illi alteri, sed stipulatori quæsita sit actio, si id non fiat, vel detur, quod dari fierive convenit. *Bal. ad Lillud. C. de SS. eccles. ibid. Paul. de Castris circa fin. Felin. in proœm. decretal. verb. Gregorius. & ad c. si cautio. extra. de fid. instrũ.* tametsi dissentiat gl. *in d. Lillud. vers. alia causa.* Etenim pietas publici censet juris & singulorũ ppè

33 propria. † Unde summa & optima putatur ratio, quæ pro religione facit. *L. sunt personæ 43. in fin. ff. de relig. & sumpt. fune.* Quæ autem sint piæ causæ, & quatenus hoc privilegio gaudeant, latè disseruit Andr. Tiraq. *in tract. de pia causa, ejusq; privilegiis.*

34 IIII. EXCEPTIO. † Excipiunt quoq; judicem officii sui causâ alteri stipulantẽ, ut suprà quoq; dictum est: de quo plenius Specula. *in tit. de primo & secundo decre. §. jam de effectu.* Abbas *in d. c. pastoralis. §. 1. circa fin. extra. de offic. ordina.* Bald. *in l. 1. vers. sed quid de judic. C. per quas person. nob. acquir. & in l. certi 9. §. quoniam. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Anton. Gabriel. *d. conclus. 1. num. 85. & seqq. per l. si quis uxori 52. §. si fugitivum. ff. de furt.* Quo tamen loco agitur de cautione honorariâ. Quia tamen casum continet ad officium judicantis pertinentem: ideo hoc probat, ut quemadmodum in tali casu ex honorariâ stipulatione procurator domino, etiam sine cessione, acquireret obligationem: ita & judicem sive magistratum hoc casu facere; cùm hac in parte sit instar legitimi procuratoris.

V. Ex-

V. EXCEPTIO. †Si quo statuto vel consuetudine alibi receptum fuerit, ut alter possit alteri stipulari: huic acquiescendum: *argum. l. certi 9. §. si nummos. ff. si cert. pet. fac. l. de quibus. ff. de legib. & Bald. ad c. quæ in eccles. tarum. extra. de constit. Jason & Dd. ad d. l. stipulatio ista 38. §. alteri. h. tit.* 35

VI. EXCEPTIO. †Ad exemplum judicis servus publicus & notarius ea stipulans, quæ ad suum spectant officium, non etiam in cæteris, acquirit alteri: *arg. l. 1. §. exigere. ff. de magistra. convenien. l. non aliter. ff. de adept. glos. ad d. §. si alii. verb. nihil agit. Instit. de inutil. stipul. & in l. 4. verb. tabularium. ff. rem pupill. salv. for. Bald. in d. l. 9. §. quoniam. ff. de reb. cred. si cert. pet. & in dict. l. 1. propè a. fin. Cod. per quas person. nob. acqui. Anton. Gabriel. latè in d. concluſ. 1. nun. 92. usq; ad num. 104.* quò me brevitatis causâ remitto: qui plures ponit limitationes, non omnes ex æquo receptas, aut in subsequentes conclusiones earumq; declarationes recidentes, ut ipse satis indicat. 36

IL CONCLUSIO.

SI† *tamen ex ipsa re stipulatoris interſit alteri dari vel fieri, valet stipulatio, ita, ut stipulatori, quanti interſit, quæſita ſit obligatio.* 37

§. sed si quis stipuletur alii. Instit. de inutilib. stipulat. dict. l. stipulatio ista 38. §. si stipuler. hoc tit. l. quoties. ibi glos. in verb. nomine suo. ff. de adminiſt. tuto. l. multum. & ibi gloſſ. Cod. si quis alter. vel sibi. l. quod procurator ex re. ff. de procura. Bartol. in l. solutam. §. per liberam. in pen. oppoſ. ff. de pigne. actio. l. pen. Codic. ad exhibend. l. certi 9. §. si nummos. ff. de reb. cred. si cert. Eoq; ſpectant limitationes notatæ ab Antonio Gabr. *d. concluſ. 1. n. 53. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65.*

item numer.105. 106. 107.108. 109.112.123.124. 125.126.127.128.
38 *129. 130. 131. 132. 137. 138. 151.* † Ejusmodi est, si unus ex contutoribus alteri concesserit administrationem & *rem pupilli salvam fore?* stipulatus sit: etsi hîc pupillo stipulatori videtur, reverâ tamen sibi de eo, quòd sua interest, stipulatur: cùm ipsius etiam periculo futura sit administratio. *l.1.l.2.in fin.l.3. Cod. de dividen. tutel.* Ideoque talis stipulatio valet, & ex ea stipulatori quæsita est obligatio. *dict.§.sed & si quis stipuletur alii. Institut.de inutilib.stipulat.dict.leg.stipulatio ista 38.§.si stipuler.hoc titul. Anton. Gabriel.dict.concluſ.1.nume.105. & seqq.lib.3.commen.concluſ.tit. de verborum obligat.* Sic si ex re mea alteri dari fierive stipuler, quia propter rem meam mea interest, utique valebit stipulatio, & obligatio mihi nata erit de eo, quòd mea interest: ut latè Antonius Gabriel. *dict.concluſ.1.nu.123. & multis seqq.* Et Justinianus ipse *in dict.§. sed & si quis stipuletur alii. Institut.de inutilib.stipulat.* exemplum proponit in debitore: ut si à debitore meo stipuler, *creditori meo solvere intra Kalendas:* Quoniam hoc feci pœnæ, vel ejus, quod interest, evitandæ causâ, aut ne pignora distraherentur: & nisi debitor meus mihi hoc promitteret, se soluturum, ego aliunde vel fortasse alium in modum curarem satisfieri. Itaque cùm mea hîc interest multum, videor potiùs illud, quod mea interest, solvi creditori meo, quàm ut alii daretur, vel ut alii sit quæsita obligatio, in stipulatum deduxisse. Unde apparet, hanc conclusionem non esse exceptionem à præcedente conclusione, sed peculiarem & per se subsistentem, diversam à superiore: tametsi eam declaret, & diverso exponat.

III. CON-

III. CONCLUSIO.

SI† quis alii dari vel fieri subditâ pœnæ stipulatione stipulatus sit, valet stipulatio, & quæsita erit stipulatori obligatio & actio pœnæ promissæ, si id non fiat, vel detur alteri illi, prout convenit. 39

dict. l. stipulatio ista. §. alteri. vers. planè si velim. ibi Dd. h. t. dict. §. alteri. versic. si quis velit. Institut. de inutilib. stipula. l. arbiter intra. ff. de recept. arbitr. Nam hîc illud, quòd alii detur, vel fiet, est in conditione committendæ stipulationis pœnalis, ex qua mihi stipulanti pœna promissa solvetur. *dict. §. alteri. versic. planè. Instit. de inutilib. stipulat. l. obligationum ferè 44. in fin. ff. de obligation. & action. dict. leg. stipulatio ista 38. §. alteri. versic. planè.* Idcoque nec hîc quæritur, cujus negotium gestum sit, & utrum stipulatoris interfit nec ne; sed utrùm commissa sit pœnæ stipulatio? *juxta §. final. Institut. hoc titul.* Et cùm de pœnæ stipulatione ejusque naturâ satis in superioribus capitibus passim disputatum sit, non est necesse eadem hîc recoquere.

† Hoc saltem moneo: esse hanc quoque conclu- 40
sionem propriis terminis conclusam, nec superiore primâ conclusione contineri, ut ab ea fuisset excipienda. Siquidem duæ sunt hîc stipulationes: prior, si pura esset, inutilis foret: posterior autem semper utilis. Nunc autem prior per se concepta non est, neque ut purè intercedat, sed sit posterioris conditio tantùm, ut ex ejus eventu pœnalis stipulatio committatur, utpote quælibet alia. Reverâ igitur & in effectu unica contracta est obligatio, in solius stipulatoris persona consistens;

minimè eo fine facta, ut alteri esset ex ea quid quæsitum.

IV. CONCLUSIO.

41 *Pater† filiofamiliâs, & dominus servo suo stipulantes sibi acquirunt.*

§. ei verò. Institut. de inutilib. stipulat. l. dominus 39. l. eum qui ita 56. §. qui sibi. l. quod dicitur 130. hoc titul. l. pater 23. ff. de pact. dotal. Ratio *in dict. §. ei verò additur:* quia vox tua, tanquam filii sit, sicuti & filii vox, tanquam tua.

42 † Quod verum est in filiofamiliâs, non etiam in emancipato. Is enim planè extraneus est. *§. emancipati. Instit. de hereditat. quæ ab intestato. §. præterea. Instit. quibus modis jus patriæ potest. §. minima. Instit. de capit. de-*

43 *minu. §. cæteri. Institut. de hered. qualita. & differ.* †Ideoque cùm pater stipulatus esset, soluto matrimonio filiæ suæ dotem ipsius fratri, emancipato stipulatoris filio, reddi, Diocletianus Imp. rescripsit, stipulationem esse nullam. *l. si genero 26. Codic. de jur. dot. Anton. Fab. lib. 1. conject. capit. 4.* Nec potest hîc certare favor dotis & nuptiarum concurrente affectionis ratione; ut in facti specie, *l. Gajus Sejus 45. ff. soluto matrimon.* Quippe publicè interest, ut nubentibus fœminis in casum soluti matrimonii dos salva sit. *l. l. 2. ff. soluto matrimon. l. 1. l. 2. ff. de jur. dot.* Ubi verò nubentis fratri, vel matri restitui dotans pater vel avus stipulatur, hæc utilitatis publicæ & dotis ratio cessat: Cessat igitur etiam istius rationis effectus & juris dispositio *in dict. leg. Gajus Sejus 45. ff. solut. matrimon.* ut evidenter ostenditur *in leg. inter 26. §. penultim. ff. de pact. dotal. l. debitor 59. §. ultim. ff. ad SCtum Tre-*

44 *bellian.* † Hinc rectè contendit adversus quosdam Anton. Fabr. *dict. cap. 4. lib. 1. conject.* solam personarum

rum affectionem non operari, ut alteri per alterum obligatio ex stipulatu vel quo alio contractu acquiratur: tum ob regulæ generalitatem *in dict. l. stipulatio ista 38. §. alteri.* tum ob *dict. leg. inter 26. §. pen. & dict. leg. si genero 26. l. pactum 4. Codic. de pact. conven. tam super dot.* † Nec adversari credit *l. pater 7. Codic. de pact. conven. tam sup. dot.* imò disertè Impp. testantur, patrem dotem nepotibus restitui stipulantem, si filia priùs in matrimonio defuncta fuerit, non potuisse hoc ipso acquirere nepotibus actionem; ne utilè quidem: tametsi utilis iis ex ea stipulatione detur, æquitate potiùs quadam, quàm verâ juris ratione: idque putat ideo fieri; quòd commodè possit de nepotibus in potestate retentis intelligi. † Sed cùm posset eo casu videri & sibi & nepotibus acquisiviisse directam *per dict. §. ei verò. Institut. de inutiliter stipulat. & in dict. leg. quod dicitur 130. hoc titul.* vel certè utilem rectà in eum casum, quo heredes sibi etiam non essent futuri. *l. quodcunque. §. si ita quis. hoc titul. leg. nona. ff. de pact. dotal.* mihi placet hoc intelligere de nepotibus ex filiâ in matrimonium collocatâ natis vel nascituris: quibus instar fideicommissi vel mortis causâ videtur per avum dos hac stipulatione conservari. Nam & in *l. Publia 26. ff. depositi.* Paulus inquiens, *depositum ex matris voluntate filio restituendum esse*; non loquitur de depositi actione, sed fideicommissi causa. *argum. l. si pecunia 77. ff. de lega. 1. l. cùm proponebatur 64. ff. de legat. 2.* quippe per modum fideicommissi contraxerat hoc depositum: si aliquid humanum mihi contigerit, filio meo restitues: Nec dubium est, quin ita deponendo alióve modo contrahendo fideicommissum relinqui potuerit, postquam illud jam Divus Pius in-

45

46

47 troduxisset, *l. si pecunia 77. ff. de lega. 1.* † Sic malè, ut hoc etiam obiter addã; *ex l. si cùm venderet 13. ff. de pign. action. Costal. & alii inter pp.* colligunt, posse mihi ex re mea per tertium pacto acquiri actionem ob affectionem, quam in illam rem habet metu actionis: Exempli gratiâ: pignori tibi scyphos dederam; hos eo precio, quod tibi debebam, hoc est, ob pignoris tui causam vendidisti Titio: & ideo inter te, venditorem, & Titium emptorem, convenit, ut si ego debitor solvero pecuniam precii, hoc est, debitam ipsi Titio emptori, liceret mihi rem meam recipere; ego pecuniam precii solvo Titio, nec Titius mihi rem meam restituit: Quæritur, quâ actione consultum mihi sit? Respondet Ulpianus *in dict. l. si cùm venderet 13. Julianum scripsisse, idemque rescriptum esse*, à quodam fortasse Imperatore, *ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem* (te scilicet venditorem) *ut debitori* (mihi) *mandes ex vendito actionem adversus emptorem: vel me debitorem posse vindicare rem meam, dissoluto jam pignoris vinculo; aut in factum actione adversus emptorem me agere.* Hanc in factum actionem intelligunt Costalius & alii, utilem quæsitam mihi ex illo pacto in continenti à te interposito, dum venderes. Sed malè, inquam; cùm ex pacto in continenti facto ex multorum sententia tantùm detur actio ex ipso contractu, non in factum, vel præscriptis verbis, nisi negotio in formam innominati contractus ob pactum transeunte, ut suprà suo loco explicatum est. Disertè autem affirmat Ulpianus, ex ipso venditionis contractu non dari sine cessione. Nec diversum potest asseverari de actione præscriptis verbis, cùm & illa ob pactum nulli detur alii, quàm cui ex illo con-

contractu principaliter est acquisita obligatio. cùm accessorium nequeat esse à suo principali, tanquam propriâ causâ, separatum. Quid igitur? Hæc actio in factum non datur ex pacto venditoris mihi: sed ex facto emptoris, qui juxta pacti fidem à me accepit precii pecuniam: eo ipso tacitè se mihi suo facto obligavit, ad restitutionem rei meæ, ac si inter me & ipsum convenisset, do ut des, vel do ut facias, hoc est, reddas. Neque verò & rem & pretium retinere oportet. Sed ad conclusionis nostræ primum membrum redeo. † Pater igitur, non aliter stipulando filio suo sibi acquirit, quàm si filium in potestate habeat. Nec tamen hoc satis est, requiritur præterea, ut circa talem rem contrahat, quæ sibi per filium posset acquiri: hoc est, quæ pertineret ad peculium profectitium: & olim ante Divi Constantini, Theodosii & Justiniani constitutiones *in titu. Cod. de bon. matern. & tit. Cod. de bon. quæ liber.* quę ad peculium adventitium spectabant. Quæ verò castrensia & quasi-castrensia, frustra pater stipulábatur, & adhuc frustra. *dict. l. quod dicitur 130. hoc tit.* Etenim in his filius-familiâs habetur pro patrefamiliâs, nec eorum respectu reputatur in potestate propriâ, ut ejus intuitu dici possit vox patris, vox filii, & contrà. Imò vox duorum quasi patrumfamiliâs videretur: cùm hanc etiam ob causam lis esse possit inter patrem & filiumfamiliâs. *l. lis nulla. ff. de judic.* † Cæterùm, an hodie pater stipulando ex adventitiorum causâ, censeatur sibi & filiofamiliâs acquirere, inter interpp. in controversiam vocatum est. Sunt, qui defendunt, cùm hodie patri non acquirantur adventitia propter novas constitutiones, & tradita *in §. 1. & 2. Instit. per quas personas nobis acquir. l. 1. & tot. tit. Cod. de bon. matern. l. cùm*

48

49

oportet. l. fin. Cod. de bon. quæ liber: patrem quoque filio dari stipulantem ex hac causâ inutiliter stipulari, ut neque sibi neque filio quæsita inde sit obligatio, ob
50 defectum rationis *in dict. §. ei verò.* † Putant quoque *in dict. leg. quod dicitur 130.* illa verba, *quæque adquiri patri possent,* & *in dict. leg. dominus.* hæc verba: *Secundùm quod leges permittunt. hoc titul.* esse non Pauli, sed Treboniani suppositicia propter novum jus subnexa. Contrà alii credunt, in adventitiis adhuc antiquam obtinere regulam, utpote, quæ novis istis constitutionibus nõ reperiatur interpolata vel expressè emendata. Deinde patris interest, acquiri ex hac causâ propter usumfructum, quem in adventitiis habet *d. l. cùm oportet. C. de bon. quæ lib.* Nec hoc mutari, quòd quibusdam casibus etiam usufructu exuatur, ut *in auth. excipitur. & seqq. Cod. de bon. quæ liber.* Quia etsi in istis caret, quicquid tamen postea occasione istarum rerum acquiritur, in eo utiq; usumfructum habet. Interesse etiam censent patris propter jus legitimæ administrationis: *d. l. cùm oportet. d. l. fin. C. de bon. quæ liber:* imò dominus propè dicitur istarum rerum: tanta enim administratio ejus est, *l. 1. C. de bon. matern.* Et certè huic posteriori opinioni facilè subscribo, modò intelligatur, patrem tanquam legitimum administratorẽ acquirere filio omnimodo, sibi verò non ultra usumfructum, & jus administrationis. Quia admissa declaratione disidentes istæ inter se sententiæ facilè in concordiam coëunt. Imò verò, ratio hujus
51 conclusionis non penitus cessat. † Nam etsi filiusfamiliâs dominus hodie est adventitiorum, non tamen pleno jure est; *l. 1. Cod. de bon. matern. l. 1. l. 3. l. cùm oportet. l. fin. Cod. de bon. quæ liber.* Et quamvis quibusdam casibus videtur, nunquam tamen in his habe-

tur

tur pro patrefamiliâs, ut ita argumentum à castrensibus & quasi-castrensibus ad hæc adventitia non procedat. Deinde invidiosum, durum, & in merâ conjecturâ quiescens est, quòd Treboniano nota falsi impingitur, ac si verba quædam supposuisset, tanquam Pauli; quæ ejus non essent. Imò verò illa verba propter castrensia & quasi-castrensia æquè cõveniunt temporibus Pauli, uti Treboniani; *per dict. l. lis nulla. ff. de judic. l. 1. & tot. tit. ff. de castr. pecul. l. 1. §. nec castrense. ff. de collation. bonor.* † Quæ de filiofamiliâs dicta 52
sunt, multò magis in servo recepta, ita ut tantùm stipulanti domino, nunquam servo sit quæsita obligatio. Est enim servus domino instar instrumenti; ut alio etiam loco dictum est: nec in eum ulla peculiorum distinctio cadit: cùm nullum aliud, quàm solummodo profectitium habere possit. † Declaratur 53
autem hæc conclusio *in dict. l. quod dicitur 130. hoc titul.* procedere in his quæ juris sunt. Nam quæ facti sunt, si his stipulemur quid fieri, qui in nostra potestate sunt, & ita conferamus factum in personam filiifamiliâs vel servi, non æquè nobis acquirimus; veluti si stipuler à te, *ut filiofamiliâs vel servo meo per ædes tuas ire agere liceat.*

V. CONCLUSIO.

VIce † versa, qui in potestate nostra sunt, sive 54
sibi & nobis, sive nobis tantùm, sive sibi tantùm stipulati sint, nobis acquirunt, nisi filiusfamiliâs in causâ castrensis, vel quasi-castrensis, aut adventitii hodie peculii stipulatus sit.

dict. l. quod dicitur 130. in fin. l. quodcunque 45. l. servus venante 62. hoc tit. tit. Institut. de servor. stipulat. tit. Instit. per

quas perſon.nob.acquir.tit. Inſtitut.per quas perſonas nob.acquir.obliga. Hinc Ulpianus; *filius*, inquit, *patri dari ſtipulari videtur, etſi hoc non adjiciat. dict.leg.quodcunque 45.§. fin.h. tit.* Nec diſtinguitur, an res ſit, vel factum perſonæ cohærens, quod in ſtipulationem deductum eſt: *dict.l.quodcunque 45. dict.l.quod dicitur 130.verſ.contra. hoc tit.* cùm id, quod *in §.ſed cùm factum. Inſtitut.de ſervor.ſtipulat.* Juſtinianus tradit, *Si factum in ſervi ſtipulatione contineatur, omnimodo perſonam ſtipulantis ſervi, non domini contineri: veluti ire agere ſibi licere?* intelligendum ſit de ipſo facto eundi agendi, ut ſtipulatio ex perſonâ ſervi impediti, non domini committatur: quippe facta perſonalia perſonam non egrediuntur, *l.qui heredi 44. ff. de condit. & demonſtrat.* Ideoque dominus liberè impedietur per promiſſorem, ſervus nõ item. Obligatio autem ex commiſsâ ſtipulatione iſtâ, utique domino erit quæſita, nullo modo ſervo: utpote in quem nulla cadit obligatio & actio; *l.quod attinet. l.in perſonam. ff.de regul.juris.* Plura de ſervis & filiisfamiliâs hîc diſſerere non lubet.

VI. CONCLUSIO.

55 *SErvus † communis ſtipulando ſingulis pro dominica parte acquirit, niſi nomina eorum exprimendo viriles ſingulis partes, aut nominatim uni eorum ſtipuletur, vel unius juſſu, aut talem rem, cujus cæteri ſunt incapaces.*

§. fin.Inſtitut.de ſervor.ſtipulat. §.fin.Inſtit.per quas perſon.nob.oblig.acquir.l.1.§.ſi ſervus communis. §.communis.§. fin.l.4.l.5.l.proinde 7.in princip.& §.1.l.ſeqd.item ſi ſervus 9. l.ſi communis 17.l.ſeq.l.ſi ex re 28.§.1.§.ſeq.§.ſicuti.l.ſi communis 37.ff.de ſervo.ſtipula. Etenim ſi ſimpliciter domi-

nis

nis suis stipulatur, perinde est, ac si hoc tacitè egisset, ut pro partibus dominicis singuli obligationem consequerentur, cùm hoc nihil differat ab eo casu, quo simpliciter sibi vel impersonaliter stipulatus est. *l. 5. eod.* Quod etiam juris est, si nomina singulorum expressit tantùm demonstrandi causa, ut qui sui essent domini sciretur, *l. proinde 7. vers. idem puto. ff. de servo. stipulat.* At quando ideo expressit, ut nomina dominorum obligationis partes futuras esse demõstrarent, utique hoc actum intelligetur, ut pro virili singulis sit obligatio quæsita. Eaque mens est *dict. l. si communis 37. ff. de servo stipulat.* † At, dixeris, unde hoc 56
constare potest, quòd non dominorum saltem demonstrandorum causa, sed ad obligationis partes demonstrandas expresserit eorum nomina? Huic Papinianus exemplo *in dict. l. si communis 37. ff. de servor. stipulat.* respondet: aut enim sola exprimit dominorum propria nomina; veluti: *Lucio Titio & Gajo Sejo dare spondes?* vel iis expressis præmittit aut subjicit appellativum nomen DOMINI; puta; *Dominis meis Lucio Titio & Gajo Sejo dare spondes?* vel, *Lucio Titio & Gajo Sejo dominis meis dare spondes?* aut denique omissis propriis nominibus, *suis dominis* duobus vel tribus stipulatur: Primo, & tertio casu in dubio creditur pro virili parte singulis stipulatus: secundo verò & quarto casu pro dominica tantùm: *dict. leg. si communis 37. ff. de servo. stipula.* Si tamen omni illo casu ipsa re vel verbis, aut facto diversum declaretur, tum secus esse: *per d. l. proinde 7. eod.* † Ratio hujus præsumptionis est, quòd 57
nomina propria ad dominorum numerum referũtur: appellativum verò, ad jus tantummodo dominicum. Ideoque, si omissis nominibus propriis, servus dominis appellativè stipuletur, putatur ad jus

dominicum respexisse: & ita dominicas partes demonstrasse: si verò expressis tantùm, vel additis nominibus propriis; pro virili stipulari voluisse: quia non habitâ relatione ad jus potestatis, sed ad numerum personarum, quibus acquisitum voluit, videtur stipulatus, atque ita pro virili cuilibet voluisse
58 quæsitam esse obligationem. † Hinc Dd. nostri *ex d. l. si servus communis 37. ff. de servor. stipulat.* ejusmodi conati sunt axioma elicere: *nomen proprium nunquam videri demonstrandi, sed describendi & ampliandi gratiâ adjectum: adjectivum verò sive nomen commune, quod & appellativum dicitur, semper demonstrationis causâ adjici, cùm proprium ejus sit officium demonstrare.* At quàm bene ex hac verâ consideratione *dict. l. si servus communis 37. & iis quæ ad leg. 2. à num. 29. usque ad finem. ff. de verbor. signifi.* aliquando notavi; palàm fit. Reliqua nullam habent difficultatem.

VII. CONCLUSIO.

59 *Hereditarius † quoque servus hereditati, vel simpliciter, aut sibi stipulando jacenti hereditati, & per eam heredi adeunti, non etiam futuro nominatim stipulatus, acquirit.*

60 *§. 1. Institut. de servo. stipulat. l. servus 16. l. si servus 23. ff. de serv. stipulat.* † Jacens enim hereditas interim pro domino est, personam defuncti repræsentãs. *l. hereditas. ff. de acquir. rer. domin. l. non minus 31. ff. de hered. instituend. l. mortuo 22. ff. de fidejusso.* sed domina juris est: ideoque hæc, quæ juris sunt & in jure consistunt, quæque in dando, ita ut factum stipulatoris nullum, nulla ejus persona desideretur, ita acquiri hereditati, & heredi futu-

futuro ex stipulatione hereditarii servi deberi possunt iat quæ factum personæ, quæ ipsam acquisitoris personam postulant; in his secus est: veluti, si hereditarius servus stipuletur usumfructum, servitutem personalem, personam desiderantem: in præsenti, hereditati acquiri nequit; cùm persona non sit, & in fictione consistat: ideoque adeò inutilis hæc est stipulatio, ut ne quidem sub conditione, vel in diem contracta subsistat. *leg. ususfructus 26. ff. de servor. stipulat.* † Quod porrò dixi, futuro heredi nomina- 61
tim non rectè stipulari servum hereditarium jacente hereditate, *ex dict. leg. servus hereditarius 16. ff. de servor. stipulation.* non est contrarium illi, quod *in leg. si ex re domini 28. §. fin. ff. eodem.* relatum est, Proculum hoc asseruisse; nempe non acquirere futuro heredi, nec stipulationem talem valere: Cassium verò respondisse, stipulari posse futuro heredi: quia etsi sit tempore stipulationis extraneus, postquam tamen adiit, omnia continuò conjungi cum tempore mortis, ac si tum statim defuncto successisset. *l. omnia fere 193. ff. de regul. juris.* atque ita videri Cassii sententiam receptam, Proculi *in dict. leg. servus hereditarius 16. ff. de servor. stipulat.* à Paulo recitatam tantùm, non etiam approbatam: maximè cùm etiam Modestinus scriptum reliquerit, servum hereditarium & heredi futuro, & hereditati rectè stipulari. *leg. servus 35. ff. de servor. stipulat.* Non, inquam, hoc nobis contrarium est; cùm intelligatur hoc Gaji *in dict. leg. si ex re 28. §. fin.* & Modestini *in dict. l. servus 35. ff. eodem.* de servo generaliter & indefinitè futuro heredi stipulante: Nam Proculus indistinctè negabat, posse heredi futuro stipulari servum, sive generaliter, sive simpliciter, sive nominatim istius, puta *Titii heredis instituti*

nomen expressisset. Hoc meritò reprehendit Cassius eâ, quæ *in dict. leg. si ex re 28. §. fin.* recitatur, ratione: eumque Modestinus secutus est. At nos intelligimus de illo servo, qui heredi futuro nominatim, disertis verbis, & expresso heredis instituto, vel qui ab intestato speratur, nomine, vel uni eorum qui heredes expectantur stipulatus est; puta, *Titio heredi futuro dare spondes?* Talem cum Paulo *in dict. l. servus 16.* asserimus inutilem & nullam: non quia dominus nõ sit tempore contractę obligationis, qua ratione Pegasus utebatur: sed quòd incertum sit, utrum ille sit heres futurus, nec ne: ut ita omnino videatur persona extranea in præsenti comprehensa: ac proinde cùm ab initio nulla reperiatur, ex post-factò nõ cõvaluerit: *l. quod ab initio. ff. de reg. juris.* Et illud est, quod Accurs. Bart. & cæteri interpp. *in dict. l. servus 16. & l. si ex re 28. §. si. dict. l. servus 35. & ad l. si servus 18. §. servus capto. ff. de servor. stipulat.* tradiderunt: quando ajunt, servum hereditarium posse heredi futuro jacente hereditate stipulari appellativo nomine, vel simpliciter: secus
62 si nomine ejus proprio prolato, puta, *Titio dari?* † Nã & eandem videmus distinctionem circa pacta adhiberi, ut valeant, si servus hereditarius simpliciter, vel indefinitè heredi futuro paciscitur: secus si nominatim & proprio ejus nomine expresso: tum enim nihil actum intelligitur. *l. si unus 27. §. si. ff. de pact.* Quicquid autem juris est in materia pactorum, etiam in stipulationibus obtinet, nisi ubi vel natura & forma utriusque, vel alia juris dispositio specialis illud non admittat.

VIII. CONCLUSIO.

SErvus, † *in quo quis usumfructum, vel usum habet, ex re fructuarii & usurarii, vel operis suis vel jussu ejus stipulatus, fructuario acquirit obligationem, nisi nominatim dominum comprehendat.* 63

l. si servus 18. §. cùm servus fructuarius. l. si servum 22. cum seqq. l. si ex re 28. in princip. l. si jussu 31. l. seq. l. si liber 33. in fin. l. pen. ff. de servo. stipula. Ex re verò domini stipulatus non acquirit fructuario, sed ipsi domino, *d. l. servum 22. ff. eod.* tametsi ex re usufructuarii vel operis stipulans domino nominatim, ei acquirat; sed domino condicitur, *d. l. penult.* & fructuario solutum liberationem ope exceptionis generat *l. 1. §. si fructuarius. in fin. l. si ex re 28. in princip. ff. de servo. stipulat.* Et huc pertinent, quæ annotantur *ad §. de iis autem. Institut. per quas person. nobis acquir. §. per eum. Institut. per quas person. nobis obliga. acquir.*

IX. CONCLUSIO.

SErvus † *uxori, constante matrimonio, donatus, si vivo donatore, marito, quid stipuletur mulieri: ita demum obligatio mulieri erit acquisita, si donatio ista morte mariti confirmetur.* 64

l. si is servus 20. ff. de donat. int. vir. & uxo. Jul. Pacius cent. 5. antinom. quæst. 58. † Donatio quidem omnis inter virum & uxorem constante matrimonio prohibita est, nec valet, ex qua alter conjugum locupletior cũ alterius damno fiet: *l. 1. & tot. tit. Dig. & Cod. de donat.* 65

int.vir.& uxo. Post Divi Marci autem orationem receptum est, ut quæ inter vivos vires nō sortiebatur, morte donatoris confirmetur, si is donationem nolit revocatam. *l.cùm hic status. ff.de donat.int.vir.& uxo.* Itaque si maritus vivus donavit, ut in præsenti firma esset donatio, morte confirmanda, sed quæ tandem revocaretur si non moreretur ante uxorem: utique in pendenti erit acquisitio stipulationis, ut si revocetur donatio, neque uxori neque marito sit quæsita obligatio: illi non, quia ejus retrò non fuisse apparet: huic non, quia ei stipulatus non est. At si donatio ex præsenti non transferat dominium, sed ex eventu mortis, ne quidem in pendēti est stipulatio; *argum. l.servus 76. ff.de hered.instit. & l.sed interim 11. ff.de donat.int.vir.& uxor.*

X. CONCLUSIO.

66 Quem† *bona fide possidemus hominem liberū vel alienum tantùm, ex re nostra vel operis suis stipulando nobis acquirit, quamdiu bona fides durat: extra hos casus, aut sibi, si homo liber est, aut domino suo acquirit obligationem.*

l.qui bona fide.in princ.§.1. & §.generaliter. l.liber homo 19.l.si servus 21.l.quæsitum 40.l.servus qui 43.l.liber homo 54. ff.de acquir.rer.domin. Jacob. Cujac. libr.1.observ.4.& lib.17. obs.13. Anton.Fab.lib.4.conjectu.cap.16. eaque res expedita est: Tantùm inter Cujac.& Johan.Robert. *lib.3.animad.cap.24.& notat.* item in Cujac. *Mercato.lib.3.cap. 24.*& Robert. *lib.2.recept.lectio.* controversia est, de emendatione text. *in d.l.qui bona. §.generaliter:* sed cum Anton.Fab. *d.cap.16.* facilè Cujac. subscribimus.

XI. CON-

XI. CONCLUSIO.

Quemadmodum † alii ex stipulatione obligationem acquirere nō possumus, ita nec alium promittendo obligamus. 67

§. si quis alium. §. versa vice. Instit. de inutil. stipul. l. inter stipulantem 83. h. titu. Cujac. observat. 36. lib. 12. Nam de se quemque promittere oportet, non de alio. *d. l. inter stipulantem.* Quod in tantum verum est, ut nec ipse promissor, qui alium daturum factumve promisit, obligetur, *d. §. si quis alium. d. l. inter stipulantem 83. l. stipulatio ista 38. h. tit.* nisi factum illud alienum à proprio promissoris initium capiat, *d. l. inter 83. vers. sed curaturum se. h. t. d. §. si quis alium. vers. quòd si effecturum. Instit. de inut. stipul. l. in illa 50. h. t.* aut pœnę stipulatio subnectatur, *d. §. versa vice. Instit. de inutil. stipulat.* Sed cùm hæc satis declarata appareant *cap. 6. conclus. 16.* haud actum agere placet.

XII. CONCLUSIO.

Quos † tamen institores vel exercitores constituimus & quos in potestate nostra habemus, nos vel in solidum de eo exercitio vel negotio, cui præpositi sunt, aut de peculio, vel quod jussu, aut de in rem verso, vel quo simili aliquo modo promittentes, honorario jure obligant. 68

l. 1. l. 6. l. fin ff. de exercito. actio. l. 1. l. 2. & tot. tit. de instito. actio. tot. tit. Inst. quod cum eo qui in alter. pot. l. 8. §. filiusfamiliàs. §. idem erit. ff. de acceptila. l. 1. l. 2. l. fin. ff. quod cum eo, qui in alter. potest. leg. 1. §. verba. §. seq. leg. 3. §. sed si filius. l.

nec servus 41. l. si quis cum filio fam. il. 44. l. seq. ff. de pecul. l. si pro patre 10. l. quamvis 18. l. pater 20. §. servus absentis. ff. de in rem verſ. l. 1. & tot. tit. ff. quod jussu. Quod etiam in iis casibus, quibus fructuario acquirere servus potest, verum est, si servus fructuarius promisisset, aut jubente fructuario id fecisset, *dict. l. 1. §. si jussu fructuarii. ff. quod juss. l. 2. ff. de pecul.* Sed cùm hæc peculiarem tractatum habeant, inter honorarias actiones: plura non addo.

XIII. CONCLUSIO.

69 *ET si † verò olim ab heredibus & in heredes, non poterat incipere obligatio; eamq; ob causam plures stipulationes irritæ redderentur: hodie tamen effectum est, ut & ab heredibus & in heredes obligatio incipiat.*

l. unic. Cod. ut ab hered. & in hered. obligat. l. scrupulosam
70 *11. l. veteris 13. l. ult. C. de contrah. & committ. stipul.* † Olim *post mortem suam sibi dari vel fieri,* nemo magis stipulari poterat, quàm *post mortem suam dare facere promittere: d. l. scrupulosam. §. post mortem. Instit. de inutil. stipulat.* Impossibile enim putabatur, ut quis post mortem suam quid daret vel faceret, aut quid acciperet, vel sibi fieri admitteret. Impossibilium autem nulla est obligatio. Nec videbatur interpretatione heres cõprehendendus hac stipulatione; quia de iis tantùm heres, tanquam heres, agit & convenitur, quæ tempore mortis sunt in hereditate, eámve obligant, *l. nihil est aliud 24. ff. de verb. signific. l. hereditas. l. heres in omne. ff. de reg. jur.* aut quòd ita quis stipulatus erat, vel promisisset, neque activè neque passivè putabatur esse in he-

in hereditate tempore mortis, cùm in ea causa exsisteret, à qua incipere non posset, neque etiam initium obligationis sumsisset à persona defuncti. Præterea, ut quid post mortem detur vel fiat, pertinet ad ultimas voluntates & testamenta & donationes mortis causa, *argument. l.1. ff. qui testament. face. poss. §.1. & ibi nota. Institut. de donation. l.1. & tot. titul. ff. de donat. mort. caus.* Stipulationes verò proditæ sunt, ut acquirendi causæ essent inter vivos, sicuti cæteri contractus. Quod ergo ad jus testandi & disponendi per modum ultimæ voluntatis spectabat, non videbatur ad hos inter vivos modos applicandum: & contrà *l. verba contraxerunt. de verb. signific.* † Sic nec illa valebat stipulatio: *pridie quàm moriar?* vel *pridie quàm morieris dare spondes?* Etenim hic dies nunquam est certus futurus, nisi post mortem stipulatoris vel promissoris: nec ideo incipit hæc obligatio, quàm post mortem ejus. Sed ut modò dictum est, ab herede & in heredem non incipiebat olim obligatio: ne vel plus juris consequi vel magis oneratus videretur, quàm defunctus fuisset, si superstes esset: cùm non debeat esse melioris conditionis, quàm autor ejus: nec plus aut minus consequi, quàm tempore mortis est in hereditate. *dict. l. nihil est aliud 24.* Cùm itaque in effectu nihil differret hæc stipulatio ab ista, *post mortem meam dari?* meritò etiam idem jus habebat. Proinde videbatur hæc stipulatio hoc continere, ut alius daret facerétve: vel alii daretur fierétve: cùm tempore stipulationis nondum appareret de herede, isque omnino pro extraneo fortasse haberetur: quam ob causam, nec heredi futuro nominatim stipulari fas esse putatur, *l. servus 16. ff. de servor. stipulation.* Atqui *alii dari vel fieri*, aut *alium daturum* 71

facturúmve frustra promittimus, *dict. §. si quis alium. §. si quis alii. §. alteri. §. versa vice. Institut. de inutilib. stipulatio.*

72 † Nec huic contrarium olim credebatur quòd hæc stipulatio censebatur firma, *si quis post mortem alterius*, puta *Titii* (modò is pater stipulatoris vel promissoris nõ esset, aut dominus. *d. §. post mortem. vers. ac ne 15. Inst. de inutil. stipulat.*) aut hunc in modum stipulanti; *Cùm moriar*, vel, *cùm morieris, dare spondes?* promisisset. *§. ita autem concepta stipulatio. Institut. de inutilib. stipulat. l. quodcunq; 45. §. 1.* Nam cùm quotidie vivendo moriamur, & momentum moriendi non morti, sed vitæ attribuatur, denotetque initium agonis, non mortis perfectionem, *argum. l. extraneum 9. Cod. de hered. inst. l. heres meus 79. ff. de conditionib. & demonstr.* non poterat videri hæc obligatio initium capere post mortem ex alterius personâ, aut impossibilitatem habere: sed ab ipso promissore vel stipulatore incipere credebatur vivo, ut ita mortis perfectæ tempore in hereditate

73 reperiretur. † Cæterùm repudiatâ hac veterum scrupulosâ subtilitate Justinian. *in d. l. unic. C. ut ab hered. & in hered. & in d. l. scrupulosam 11. C. de contrah. & commit. stipulat.* constituit, ut deinceps indistinctè hæ stipulationes valeant: & status obligationis etiam ab herede & in heredem incipiat: cùm fas sit, ut hac in parte contrahentium voluntatem sequamur, tanquam normam & reginam contractuum: nec dubitemus intellexisse, illud per heredes præstari, quod ipsi ampliùs nequirent. Nam & aliâs expeditum est: stipulationes omnes ex consensu valere, & legem accipere. *d. l. scrupulosam. d. §. post mortem. in fin. ubi Angel. Schneid. Mynsi. Hottom. Wesenbec. & multi alii. Instit. de inutilib. stipulat. d. l. unic. C. ut ab hered. & in hered.*

DE

DE EFFECTU HUJUS OBLIGATIONIS; NEMPE DE ACTIONE, ET QUID IN EAM VENIAT.

CAPUT XI.

OBLIGATIONIS effectus varius est: modò enim actionem, modò exceptionem & compensationem & retentionem parit. Præcipuus verò effectus ejus, est actio: sed quæ non semper & ubiq; nascitur, nec unius est generis. Ideoq; de actione, quæ ex stipulatione nascitur, deq; ejus naturâ in hoc capite tantùm agemus: reliqui effectus suos peculiares & proprios habent tractatus: nec attinet de iis hoc loco disquirere.

SUMMÆ.

1 *Ex verborum obligatione nascitur stricti juris actio, condictio certi, vel incerti.*
2 *Appellatur eadem actio ex stipulatu, ex stipulatione &c.*
3 *Condictio incerti ex stipulatu frequentiùs dicitur actio ex stipulatu.*
4 *An actio ex stipulatu pro dote, semper sit incerti, dubitat Bologne.*
5 *Communem tandem sequitur.*
6 *An sola ex stipulatu incerti sit stricti juris.*
7 *Ex loci adjectione interdum fit arbitraria.*
8 *De formatione libelli circa hanc actionem.*
9 *Unica est condictio certi; ut & incerti.*
10 *Dissentiunt multi, & quare.*
11 *Bartoli de hac quæstione verba.*
12 *Genera actionum ex medio concludendi discernuntur.*
13 *Affirmantium Ultramontanorum rationes.*
14 *Exempla & analysis l. 9. de reb. cred. si cert. pet.*
15 *Consequentia, quæ ex analysi d. l. 9 resultat.*

16 *Examinantur argumenta Citramontanorum.*
17 *Interpretatio l. 1. de tritic. condict.*
18 *Indebiti condictio certi, vel incerti, eadem est, quæ ex aliis causis.*
19 *Indebitum non est mutuum.*
20 *Argumentum causæ ad effectum & contrà, quomodo procedat.*
21 *Venit in eum id, quod est in obligatione.*
22 *Aliud pro alio neq; solvere, neq; petere licet.*
23 *Dolum & culpam, quæ est in committendo, non etiam quæ est in omittendo, præstat reus.*
24 *De dolo & lata culpa expeditum est.*
25 *De levi est controversia.*
26 *Redhibitoria tam ex empto, quàm ex stipulatu esse potest.*
27 *Facti appellatione continetur etiam non factum.*
28 *Culpa debitoris perpetuat obligationem.*
29 *Quod juris est in legatis, obtinet quoque in stipulationibus.*
30 *Culpa, de qua intelligatur in dubio.*
31 *Quidam ex causa, quæ in stipulationem deducitur, hoc æstimant.*
32 *Negativa sententia est frequentior: & quare.*
33 *Mora promissoris perpetuat.*
34 *Analysis l. 91. h.t.*
35 *Culpa non levis in occidendo.*
36 *An promissor servi de omni culpa teneatur.*
37 *Inter culpam in committendo, & quæ est in non faciendo, manifesta est differentia. Idem nu. 41.*
38 *An textus d.l. 91. faciat pro Bartol.*
39 *Confirmatio negativæ.*
40 *Redhibitoria est bonæ fidei & separata à stipulatione.*
42 *Qui dare promisit, est rei interim dominus.*
43 *In hac quæstione differunt legata & stipulationes.*
44 *Actio ex testamento comparatur actionibus bonæ fidei.*
45 *Intellectus l. 51. h.t.*
46 *Depositarius de levi culpa non tenetur, nisi in se receperit.*
47 *Aperta fraus hic non excusatur.*
48 *At non præsumitur.*
49 *Utrum regula in l. 5. §. 1. & seqq. ff. commod. huic conclusioni adversetur.*

50 De-

50 *Declaratur hæc conclusio, ut non procedat, si promisser omnẽ culpam & casum in se recepisse.*
51 *De mora hic remissivè.*
52 *Quando quis in mora constituatur.*
53 *Mora duplex est.*
54 *Mora ex re, quid.*
55 *Committitur, si quid minoribus debeatur.*
56 *Item si quid Ecclesiæ debeatur.*
57 *Mora ex re, si emptor precium non solvat, re tradita.*
58 *Effectus moræ hujus.*
59 *Fur violentus & violentus occupator, sustinet etiam periculum rei ex mora, quæ re fit.*
60 *Mora in persona quid.*
61 *Oportunum tempus quid.*
62 *Locus oportunus quis.*
63 *Interpellatio fit dupliciter.*
64 *Judicialis mora propriè contrahitur per litis contestationem.*
65 *An extrajudicialis interpellatio sola in mora constituat.*
66 *An opus pluribus interpellationibus.*
67 *Simplex sermo de actu uno, eoq; primo intelligitur.*
68 *Semel certus, amplius non est certificandus.*
69 *Facti species in l. Æmilius 38. ff. de minoribus.*
70 *Cur in facti specie l. 4. de pign. actio. plures requirantur interpellationes.*
71 *Consider. l. mora. §. & non sufficit. ff. de usur.*
72 *Cur apostoli sapiùs & instanter petendi.*
73 *Cur ventris inspectio peragatur: & utrum singula plures requirant denunciationes.*
74 *Quis contumax.*
75 *Factâ interpellatione modicum temporis dandum est, quo solvi possit.*
76 *Tacita interpellatio quæ.*
77 *Quidam præter dicti lapsum hominis interpellationem requirunt.*
78 *A mora quædam liberant.*
79 *An difficultas à mora excuset, & utrum post moram omne periculum & omnẽ casum sustineat is, qui in mora est.*
80 *Quis ille casus, quo æquè periisset res apud creditorem, quo periit apud debitorem.*

81 *Si genus vel quantitas debeatur, periculum est debitoris etiam ante moram.*

82 *Quantitas & genus non pereunt.*

83 *Et quid si illud moneta genus non extet, in quo debebat ex pacto fieri solutio.*

84 *Ex quo nummus constet.*

85 *Differentia quantitatis, & corporum alternativè debitorũ.*

86 *Nisi nummi certi debeantur, tanquam corpus, seu species certa.*

87 *Creditori sua quoq; mora nocet.*

88 *Effectus oblationis.*

89 *Si res debita officio judicis æstimanda, cujus temporis ratio habenda.*

90 *Ratio, cur ad æstimationem judex possit pervenire, licet neq; debeatur, neq; petita sit, nec peti potuerit.*

91 *Actor consequi debet omne commodum, quod habere potuisset, si statim res fuisset reddita.*

92 *Conclusio ista in controversiam vocatur.*

93 *Consid. l. pen. de tritica. condict.*

94 *Utrum regula in l. vinum. de reb. cred. si cert. petat. pertineat ad solas strictas actiones, & arbitrarias, an etiam ad bonæ fidei: ad genera non minus quàm ad species.*

95 *Donellus asserit, nullius temporis vinum vel frumentum deberi, quàm ejus quo solvi debet, vel petitur.*

96 *Interpp. qui illam regulam accipiunt, tam de re certa seu specie, quàm de genere.*

97 *Æstimatio rei in dandis stipulationibus ex causa est id, quod in cæteris est id, quod interest.*

98 *Consider. l fin. in fin. ff. de tritic. condict.*

99 *Consid. l fundum 28. ff. de novati.*

100 *Alia investigatio d. l. pen. d. tritic. condict.*

101 *Et d. l fin.*

102 *Merx quid, & quæ comprehendat.*

103 *Generalitatem regulæ exempla non restringunt.*

104 *Interpp. distinguunt inter terminum ex quo & terminum ad quem.*

105 *Alia consideratio l. pen. & l. ult. de tritic. condict.*

106 *Consid. l 8. §. 1. de condict. furt. & l pen. ver. amota.*

107 *Furto summoventur nõ solùm corpora, sed & res fungibiles.*

108 *Consideratio l. 37. ff. manda.*

109 *Non*

109 *Non solùm res fungibiles, sed & corpora æstimantur ex copia & inopia, moribus q; regionum.*

110 *Nihil hic de Donelli consideratione circa dict. l. vinum. de reb. cred. & d. l. pen. §. 1. de tritic. condict. & d. l. ultim. eod nisi quòd non videatur illud solum vinum esse in obligatione & solutione, quod est tempore litis contestatæ, vel solutionis.*

111 *Remissivè utrùm hic sit distinguendum inter bonæfidei & stricti juris judicia.*

112 *Mora an & quando celeri satisfactione purgetur, remissivè.*

113 *Fructus in hanc actionem non veniunt, nisi à lite contestata.*

114 *Est enim actio stricti juris.*

115 *Tale dari debet, quale est jure petitum.*

116 *Mora non auget obligationem; sed ut quid accedat rei debitæ, aut debitum esse non desinat quod jam est.*

117 *Id, quod interest, non designat hic fructus.*

118 *Cur in condictiones & rei persecutorias veniant fructus, & non in actionem ex stipulatione.*

119 *Conside. l. 4. de usur.*

120 *Usuræ non debentur, nisi promissæ.*

121 *Tametsi multi dissentiant.*

122 *Usuræ quatenus vicem fructuum sustinent.*

123 *Rei principalis mora nocet fidejussori, & quatenus.*

124 *Non contrà fidejussoris mora nocet principali.*

125 *Nisi in omnem causam fidejussisset, non augetur ex mora obligatio fidejussoris.*

126 *An in pœnam mora fidejussor teneatur ob moram rei principalis.*

127 *Si pro emptore quis fidejussit, non tenetur ultra sortem, nisi ipsemet quoq; in mora sit.*

128 *Conside. l. quaro 52. ff. loca.*

129 *Dotes prædiorum qua.*

130 *Fidejussor scholaris, de quibus teneatur.*

131 *Septem opiniones circa d. l. quaro. & quid statuendum.*

132 *Quid si simpliciter fidejussit aliquis.*

133 *Simplex & indefinita oratio æquipollet universali.*

134 *Quando illi regula locus.*

135 *Et quid si actiones strictæ fiant arbitrariæ?*

136 *Non teneri in omnem causam fidejussorem, nisi in eam expressè vel tacitè fidejussisset, tutius est asserere.*

137 *Quis censeatur in omnem causam non fidejussisse.*
138 *Arbitraria non per omnia similes bonæ fidei actionibus.*
139 *In facti specie d.l quaro. fidejussisse in omnem causam.*
140 *Sententia. d. l. quaro.*
141 *Consid. l 17. ff. ut legato. servan. caus. cavè.*
142 *Consid. l amissi §. fidejussores ff. de fidejusso.*
143 *Consid. l. 2. §. fin. l. 3. ff qui satisda. cog.*
144 *Consid. l 56. §. si nummos. ff. de fidejusso.*
145 *Consid. l. 10. ff. rem. pupill salv.*
146 *Quid in fidejussore ejus, qui tenetur ad faciendum.*
147 *Est hæc actio personalis & perpetua.*
148 *Actiones præscribuntur annis 30. nisi alibi brevius vel longius tempus constitutum.*

I. CONCLUSIO.

1 EX † *hac verborum obligatione proficiscitur stricti juris actio, quæ appellatur cõdictio certi vel incerti: Certi, si apparet, quid, quale, quantumq; in stipulationem deductum sit: incerti, si ista omnia simul non apparent.*

§. 1. ubi interpp. omnes. Instit. h. t. Nicola. Moz. de contract. tit. de stipulat. cap. quæ actio oriatur ex stipula. Rofred. Beneven. de ordin. jud. part. 4. Rubric. de actio. ex stipul. & Rubric. de certi condict. ex stipulat. l. stipulationum 74. l. seq. ff. h. tit. l. scire. C. h. tit. ubi Salyc. Cyn. & reliqui. l. certi 9. in princip. & §. quoniam. ibi interpp. l. si quis certum 24. ff. de reb. cre. si cer.

2 *Interpp. ad §. sic itaq; & ad §. fuerat. Instit. de actio.* † Utraque condictio ex stipulatione competens multis locis appellat̃ actio ex stipulatu, & ex stipulatione, veluti videre est *in l. is qui 51. l. inter stipulantem 83. §. si rem. versic. si verò. h. titu. & l. cùm pater 77. §. pater certam. verb. ut actio stipulationis sibi præstaretur. ff. de lega. 2. l. si pacto 14. C. de pact. l. pecuniæ 9. ff. de usur. l. 3. C. de inutilib. stipulat. Julius Pacius antinom. cen. 3. quæst. 73. l. unic. in princip. versic.*

omnes

omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi. & §. 1. vers. & natura quidem ex stipulatu actionis hæc intelligatur, &c. §. sed et si non. verb. ex stipulatu actionem stricto jure esse validam. §. primum. verb. ex stipulatu actionis. §. maneat. §. illo procul dubio. §. seq. §. igitur. & in sequentibus. §. videamus. §. accedit. §. & hoc ex rei. C. de rei uxor. actio. §. fuerat. Inst. de actio. Quibus locis *actio ex stipulatu pro dote* indistinctè appellatur, sive dos certæ quantitatis, sive incertæ data dictáve fuerit. † Frequentiùs autem ex sti- 3
pulatu actio, vocatur *condictio incerti*, ex stipulatione incerti competens: quæ verò ex stipulatione certi datur, *certi condictio* dicitur. *§. 1. Instit. h. t. ubi post veteres Mynsing. & cæteri. Bologn. in Rubric. h. t. nume. 424. Nicola. Mozz. d. tit. de stipulat. cap. quæ actio oriatur* ex stipulatione. *Rofred. Benevent. in tractat. ordin. judic. part. 4. Rubric. de certi condiction. ex stipulat. & Rubric. de actione ex stipulat. & Rubric. seq.* † Quod ergo Bologn. contendit, con- 4
dictionem ex stipulatione incerti, semper appellari actionem ex stipulatu, & nunquam competere, si certum debeatur, facilè verum agnosco. Quòd autem excipit casum dotis, ut quamvis regulariter ad certum non detur, tamen in casu dotis; scilicet, cùm mulier dotem datam, eamque certam petat, tum ex stipulatu incerti agatur, veritati consentaneum mihi non videtur: Nec eum *d. l. unic. & d. §. fuerat.* juvat, cùm generaliter quælibet ex stipulatione competens actio vocetur ex stipulatu, nec illa verba, *ex stipulatu*, proferantur, tanquam species unicam eamq; specialem actionem designantia, sed definitivè generis: uti etiam *in d. l. inter stipulantem 83. §. si rem. vers. si vero. & d. l. cùm pater 77. §. pater certam. vers. ut actio stipulationis. ff. de lega. 2. & in l. scire. C. h. t.* † Quamobrem 5
rectè fecit, quòd postea ab hac assertione suâ recess-

6 sit, secutus communem. † Sic Mozzius & quidam alii malè faciunt, solam ex stipulatu incerti actionẽ stricti juris, unico casu, dotis scilicet, excepto *per d. §. fuerat. & d.l.unic.* Nam & condictio certi, est stricti juris: quæ natura est omnium condictionum: *argu. §. actionum, Instit. de action.* unico casu *in d. §. fuerat.* excepto. Sicut ergo regula de condictionibus pertinet non minùs ad certi, quàm incerti condictionem, ita etiam exceptio. Neque etiam effectus à suâ causâ potest discrepare: cùm talem eum esse oporteat, qualis ab illâ conficitur. Atqui omnis tam certi, quàm incerti stipulatio est stricti juris, dotis causa saltem excepta: ut suprà *capit. 8. concluf. 1.* probatum est. Actio igitur quælibet, quæ inde datur, stricti
7 juris est, nisi in dotis causa. † Quia autem stricti juris actiones sæpè ex aliquo accidente, præsertim si quid certo loco dari fierive convenerit, nec detur, fiátve; cùm ad eum locum promissor non accedat, *l.1. & tot. tit. ff. de eo quod cert. loc. §. præterea. Instit. de actio.* quid ergo? an ne hæ etiam actiones possunt arbitrariæ fieri? Utiq; *l. 2. §. 1. §. 2. §. non utiq; (in quibusdam est l.3.) l.7. in fin. l. seq. l. fin. ff. de eo quod cert. loc. dict. §. præterea. & ibi Dd. Instit. de act. Rofred. Beneven. d. par. 4. Rub. de actio. ex stipula. arbitra. Johan. Robert. Aurel. 2. animadv. c.*
8 *3. & 4.* † Quid porrò certum sit, quid incertum, suprà *cap. 6. concluf. 19. 20. & 21.* exponebatur: Et de formatione libelli cuncta per diversas Rubricas congessit Rofred. Beneven. in ordine judiciario: veluti Rubric. *de condict. cert. ex stipul. de actio. incert. ex stipul. de actio. ex stipul. arbitra. De actio. ex stipul. judic. solvi.* Rub. *de action. ex stipulat. interpo. ab ædifican.* item *nomine damni infect.* Rubr. *de actio. ex stipul. quæ dat. mari.* Rub. *de actio. ex stipul. quæ datur fructua. &c.*

II. CONCLUSIO.

HAEc† certi, ut & incerti, cõdictio ex stipulatione, unica eaq; generalis est; non alia, quæ specialis sit, ex mutuo; alia generalis competens ex quolibet alio contractu propriam actionem non habente, vel habente: atque ita quoque ex stipulatione. 9

per l. certi 9. ibi Bartol. Bald. Jas. Castrens. Donell. num. 4. & ad l. si quis certum 24. ff. de reb. cred. si cert. petat. Cujac. obs. 34. lib. 8. per l. 5. §. is quoq; ff. de action. & oblig. Donell. ad Rubric. si cert. petat. num. 3. † De incerti condictione, 10 sive ex stipulatu actione nulla lis est: De certi condictione digladiantur Dd. opiniones. Nã Citramontani Bartolum *num. 1. 2. 3. 4.* & glos. *in d. l. certi 9. versic. certi condictio. & in Rubric. ff. de reb. cred. si cert.* & glos. *ad §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* sicuti, & ibidẽ Mynsi. *num. 19.* Specula. *in tit. de oblig. & solutio. §. sequitur.* Fulg. Salycet. Bald. *ad Rub. C. si cert. pet. a.* contendunt, duas esse certi condictiones; unam generalem ex omni causa omniq; contractu competentem, præterquã ex mutuo: alteram esse specialem, quæ tantùm ex mutui obligatione oriatur: ideoque specialiùs appellari condictionem certi ex mutuo, item certi petitionem: eamq; à prætore olim his verbis fuisse expressam, *Si certum petatur ex mutuo; arg. Dig. de reb. cred. si cert. petat.* Generalem illam definiri ajunt, *in d. l. certi 9. ff. de reb. cred. si cert. & in §. 1. Inst. h. t.* Hanc specialem tantùm *in §. 1. Institut. quib. mod. re contrah. oblig.* Ait enim Justinianus, *in dict. §. 1. ex hoc contractu* (intelige mutuo) *nasci actionem, quæ vocatur certi condictio:* Si, inquiunt Citramontani, ex hoc contractu nasci-

i

tur illa actio, quę certi condictio vocatur, utique expeditum est, his verbis, *certi condictio, in d. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah.* speciale ac proprium nomen talis actionis specialis, quæ inde oriatur, designari. Exponunt deinde titulum Dig. *de reb. cred. si certum petatur & de condictione*, q. d. si ex quacunque causa certum petatur; competit condictio certi, una eaque generalis: at si ex mutuo certum petendum sit, datur cõ-
11 dictio hæc specialis ex mutuo. † Verba Bartoli hæc sunt: *Rubric. inquit de reb. cred. quod est generale; & subdit, si certum petatur, h. e. mutuum, quod est speciale. Postea dicit de certi condictione; & debet intelligi, scil. generali: quia de speciali locutus erat.* Moventur deinde textu *l. 1. ff. de triticar. condict.* ubi asseritur, *qui certam pecuniam numeratam petunt, hac uti actione, si certum petatur*, h. e. condictione certi: *qui autem alias res, etiam certas, condictione triticariâ: & hoc generaliter dicendum:* Ergo consequens illi credunt, condictionem certi propriam quandam esse actionem mutui; & aliam certi generalem ex omni alio contractu, & ob rem omnem aliam. Eodem modo contrahitur mutuum, quo indebitum. *§. 1. & 2. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Indebitum propriam habet actionem, quæ dicitur condictio indebiti. Ergo & mutuum propriam habet hanc certi condictionem specialem. Imò effectus suæ causæ commensurari debet: Atqui mutuum est specialis ac proprius contractus, & quidem nominatus: Propriam itaque & specialem actionem no-
12 minatam habeat, necesse est. † Genera itemque actionum ex medio concludendi discernuntur: cùm tot sint actionum genera, quot media concludendi, h. e. causa petendi. Alia autem mutui, alia stipulationis, alia indebiti, alia depositi, alia commodati,

alia

alia mandati est causa petendi, seu medium concludendi aliud. Imò mutuum habet speciale medium concludendi, *mutuum* scilicet: Cæteri contractus non item, sed contenti sunt uno hoc generali, quia certum debetur: quia certum dare facere oportet. Nec potest ullum aliud specialius in stipulatione certi occurrere. Ergo videtur dicendum, ex mutuo quidem specialem competere quandam certi condictionem; ex stipulatione, aliam quandam generalem & aliis contractibus æquè convenientem. † Ultramontani contrà, quos Donell. ad Rub. *in verb. si cert. pet. num. 3. & ad l. 9. ff. de reb. cred. n. 4. & ibidem* Jason *nu. 12. eod.* multiq; alii sequuntur, urgent, quòd in universo jure, non plurium, sed unius semper condictionis certi fit mentio, & semper numero singulari, nõ plurali. Sine lege autem & exemplo legis quid asserere, periculosum est. Deinde *ex l. si quis certum 24. ff. de reb. cred. si cert. pet.* plus quàm manifestum est, eam certi condictionem, quæ ex mutuo datur, competere quoq; ex certi stipulatione. Nunquam etiam genus in speciem transit, retentò generis nomine, nisi appareat de ejus generis specie, aliquid amplius, quàm in genere est, assumente. *arg. l. si mortis causa. ff. de mort. caus. dona.* Reclamat quoque Citramontanis Ulpianus *in d. l. certi 9. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Testatur enim apertè, hanc ipsam numero eandem certi condictionem, quam dicebat ex omni contractu omniq; causâ, quâ certum petitur, competere, dari quoq; ex mutuo: idq; exemplis *in §. 1. 2. 3. 4.* declarat. † Primum exemplum proponit in legati causâ & ex lege Aquiliâ de damno natâ: item in causâ furtivâ, & si quis ex SCto Trebelliano cõdicat: quoties in his versatur certũ: ut si certum corpus certam 13 14

æstimationem habens læsum sit, aut furto subductum, vel quid restituendum ob senatusconsultum, vel quod legatum sit, toties eam, quam initio proposuerat dari condictionem certi, affirmat: Mox *in §. quoniam.* Ulpianus subjicit; cùm constet ex omni causa, & omni contractu, sive re sive verbis ille factus sit: hanc condictionem certi dari, & tamen quasdam facti species occurrere, de quibus probabiliter dubitetur, an condictio hæc danda sit: ideo sui officii esse ut illas facti species discutiat. Qua transitione propositâ *in §. numeravi.* continuò subjicit exemplum mutui numeratione contracti, cui stipulatio erat subdita, sed inutilis eò, quòd stipulator non sibi, sed alii stipulatus erat: quid ergo? Etsi quidem ex stipulatione certi hæc condictio non datur, cùm nulla verborum obligatio nata sit, dari tamen numerationis causâ Ulpianus respondet. Ex quo liquet, cùm hoc affirmet, de unâ eademq; condictione certi, ab initio propositâ, quòd mens ejus sit, hanc condictionem numero unam eandemque & ex numeratione sive mutuo dari, ex stipulatione, si ista cum effectu esset credito subdita.

15 † Aliud exemplum proponit *in §. idem erit.* Aliud *in §. item quæri. §. sed si ei. §. si nummos.* Ex hoc ergo ordine disceptationis, quid aliud consequens est, quã quòd probet, hanc certi condictionem, quam Ulpianus initio dixerat, ex omni contractu certo dari, etiam ex mutuo competere, nec aliam specie discretam ab illâ unâ eademque generali dare: idque prolixiùs & subtiliùs exaggerat Donellus *ad l. certi 9.*

16 *ff. de reb. cred. si cert. pet.* † Nec quicquam movent, quæ à Citramontanis adferuntur. Nihil sanè aliud *per dict. §. 1. Institut. quib. mod. re contrab.* probatur, quàm

quòd

quòd actio, quæ datur ex mutuo, appellatur certi condictio: minimè verò ex eo consequens est: unã esse specialem & propriam soli mutuo accommodatam, alteram generalem, ex omni alio contractu paratam. Nam si hoc consequeretur, inde etiam *per §. 1. Inst. h. t.* illud liceret efficere; ex stipulatione specialem certi condictionem nasci: Ita enim Justinianus, *Ex qua*, inquit, *duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa.* Sanè hac ratione Martin. glossator asseruit, ex stipulatione etiam certi condictionẽ specialem nasci: quem tamen omnes uno ore repudiãt *per d. l. si quis certum 24. ff. de reb. cred. si cert.* Sicut ergo isti hoc Martini argumentum inconsequens judicant: ita & illud, quod *ex d. §. 1. Inst. quib. mod. re contrah.* elicere conantur, *ἀδύνατον* & inconsequens esse fateantur. Nihil eos juvare Rubricam, *de reb. cred. si cert. petat.* ex solida ac vera ejus interpretatione relucet, quam apud Donell. Cujac. Wesenb. Jasonem & ipsum Bartolum repetere licet. † Deinde non illa, 17
quam illi statuunt, est *d. l. 1. ff. de tritic. condict.* sententia: Non, inquam, opponitur certi condictio una alteri certi condictioni; ac si illa sit generalis, hęc specialis: sed certi condictioni opponitur condictio incerti, q̃ appellatur sive *triticiaria* sive *triticaria*, (nihil enim in præsenti interest; cùm possit vel à primo verbo, vel ab autore suo, vel cujus causâ primùm edebatur, nomen sortita videri) atque ita contrarii generis condictio: & docetur, condictionem certi esse de omni re certa, adeò ut etiam de numerata detur pecunia: triticariam verò ita esse incerti; ut quamvis quandoq; detur de rebus certis, certisq; corporibus, quia possint incertæ æstimationis naturâ vel conventione esse; nunquam tamen detur de numeratâ

pecuniâ eò, quòd hæc neq; naturâ néq; conventione unquam incertæ quantitatis vel æstimationis es-
18 se queat. † Si condictio, quæ ex indebito est, si indebitum certum est, eadem competit condictio, quæ ex mutuo, ex numeratâ pecuniâ, & ex omni alia certi causâ: si incertum, condictioni incerti, æquè generali locus est: tantùm denominationem à causâ, ex quâ datur, assumit, præter communem formã nihil ampliùs habet: Sicut ergo numero una eademque hæc est, cum qualibet aliâ certi condictione: ita
19 etiam illa, quæ ex mutuo datur. † Deinde indebitum propriè non est mutuum: imò vix instar mutui: *§. 2. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* A separatis igi-
20 tur non erit consequentia petenda. † Porrò, quòd dicitur effectum suæ causæ commensurari, ad potentiam causæ & effectus refertur, non ad causæ & effecti adjuncta vel subjecta, quæ se aliter atq; aliter habere possunt. Atqui hæc, ut obligationis, ita condictionis certi & incerti differentia ex subjecto est, ut suo loco vidimus. Deniq; negatur medium concludendi aliud esse in stipulatione certi, vel alterius contractus, aliud in mutuo: semper & ubiq; prætenditur, certum dare facere oportere. Sed hic ob causam mutui, illi ob causam stipulationis, iste ob indebitum solutum, alius depositi causâ & ita deinceps. Quod si causa, ex quâ, & ob quam certum dari fieri petitur, specialem argueret quandam condictionem certi; non equidem una specialis certi condictio, & quidem tantùm ex mutuo foret, ut Citramontani contendunt. Sed tot penè species specialissimæ, quot sunt debendi diversæ causæ, ex stipulatione, ex indebito, ex commodato, pignore, depositio, stipulatione, *&c. ꝙ l. 4. §. pen. & ult. d. l. certi 9. in prin. & §.*

& §.1.2.3.4.5.d.l.si quis certum 24.ff.de reb.cred.si cert.d.§. 1.Instit.h.t.§.appellamus.Instit.de actio.l.actionum.ff. de obligat.& action. Committunt ergo fallaciam in descriptione & exemplo medii concludendi.

III. CONCLUSIO.

VEnit †*in utramq; actionem id, quod est in obligatione dare facere.* 21

d.§.1.cum ibi nota.Instit.h.t.§.si itaq; cum seq. & ibi nota.Instit.de action.l.unic.per tot.Cod.de rei uxo. actio. Nicola.Moz.de stipulat.cap.quæ act.oriatur ex stipula.† Quemadmodum enim non licet aliud pro alio invito creditori solvere; ita nec aliud pro alio petere. *§.1. Instit.quib.mod.re contrah.oblig.l.2.§.1.§.2.l.3.ff. de reb. cred. si cert.l.si pro mutua.C.eod.Hottom.illustr.quæst.16.* Nam hoc solummodo petimus, quod debetur. *§.1. Instit. de actio.l.nihil est aliud.de obliga. & actio.* Debetur autem hoc saltem, quod est in obligatione: ut ex precedente *cap.9.* palàm fit. Itaq; si factum versetur in stipulatione, nec de pœnâ *juxta.§.pen.Instit. h. t.* convenerit, aut incertum debeatur, utplurimùm in id, quod interest, experimur, *l.2.l.4.l. stipulationes non dividuntur 22.cum similibus.h.t.l.fin.ff.de prætor.stipulat.l.13.§.fin. ff. de re judic.* si verò res certa dari convenit, hæc ipsa præstabitur. *d.l.2.h.t.l.certi 9.ff.de reb. cred.si cert.* Sed cùm horum veritas dependere appareat ex iis, quæ *cap. 9.* disputata sunt, nihil amplius addo.

IIII. CONCLUSIO.

DOlum † *quoque & latam culpam, quæq; in committendo, non etiam levem quæ in omittẽdo consistit, multò verò minùs casum fortui-* 23

tum rei certæ promissæ promissor præstat, nisi in se receperit, aut moram admiserit.

l. si ex legati 23. l. Stichus 33. l. nemo 82. §. 1. l. is qui 51. h. tit. l. 5. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. si servum 91. ubi Bartol. Bald. Castrens. Alexand. Jason, Zasius, Duarenus, Cujacius, Donellus post gloss. ff. h. t. † De dolo & latâ culpâ *per d. l. si servum 91. h. t.* Sicuti etiam de morâ, & culpâ in faciendo. *d. l. si ex legati 23. d. l. Stichus 33. & l. nemo 82. §. 1. d. l. si is qui 50. d. l. si servum.* † At de levi culpâ inter Glossatores & cæteros interpretes pugna est. Nam Accursiani, Bartol. Castrens. Jason, & alii, qui eos sequuntur, *in d. l. si servum. 91. h. t.* in ea sunt sententia, promissorem teneri quoq; de levi culpâ, & quidem eâ, quæ est in negligendo, seu non faciendo: Exempli gratiâ, si promisisti servum Titium, vel istum bovẽ, aut hãc vaccam: morbo vel febri corripitur: medicum nullũ advocas; nihil pharmaci curas propinari: & inde res fit vel deterior, vel penitus perit: Quæritur, annè hujus negligentiæ nomine tenearis hac actione? Affirmant illud Johannes Glossator & post eũ Accurs. Bartol. Castrens. Jason, qui eam communem Dd. esse opinionem attestãtur *ad. d. l. servum 91. num. 4. h. t.* Fundamentis ferè his utuntur. Primò *in d. l. si servum 91. in prin. h. t.* comparatur promissor certæ speciei possessori, à quo homo vindicatur: Is autem ob culpam & negligentiam, quæ est in omittendo; non minus, quàm quæ est in committendo, tenetur. *l. qui petitorio. §. qui rem. l. si homo. ff. de rei vindic.* Ergo etiam qui stipulanti certũ hominem promisit. Deinde *in l. quod si nolit. §. culpam. ff. de ædilic. edict.* traditur, emptorem redhibentem teneri de omni culpâ; non solùm latâ, sed & levi, & levissimâ, atque adeò etiam de eâ, quæ est in non faciendo, sive in negligendo: veluti

veluti si medicum non adhibuit, ut sanari posset, vel adhibuit quidem, sed malum medicum. † Et certè 26
illa actio redhibitoria non solùm exercetur ex empto, sed & si stipulatio empti causâ interceſſiſſet: si quid dictum promisúmve esset. *l. 1. ff. de ædil. edict. Dictum* sci. pacto; *promissum* stipulanti, *per l. sciendam 19. §. dictum ff. de ædilic. edict.* Factum itemq; cuiq; suum nocebit, non alteri. *l. factum. de reg. jur.* † Facti autem 27
appellatione continetur etiam non factum. *l. 2. cum ibi nota. h. t. l. qui non facit. ff. de reg. jur.* Nocebit ergo promissori non solùm culpa, quæ est in committendo, sed etiam illa, quæ in omittendo, & non faciendo: alioquin ex hoc suo facto, quo non fecit, quod ex bona fide facere debuit, non ipse, sed creditor ej' damnum sentiret: non ipsi promissori, sed stipulatori noceret. † Quartò regula veterũ generalis est, 28
culpam debitoris perpetuare obligationem: quo nihil æquius, ne quis ex culpa sua speret liberationem. *d. l. si servum 91. §. nunc videamus. h. t.* † Quintò sæpè di- 29
ctum est, q̃ juris est in legatis, intelligitur etiam obtinere circa stipulationem: & contrà. *l. quæ de legatis. ff. de lega. 1.* Atqui circa legata hoc observatur, ut heres teneatur non solùm de dolo & latâ culpâ, & de ea, quę est in faciendo, ut si occidat servum legatum, vel ei venenũ propinet; sed etiam de levi culpâ, deq; eâ, quæ in non faciendo versatur, ut si medicum nõ adhibuit: si diligentiùs non custodiit: si pabulum melius præberi non curavit. *l. cùm res 47. §. pen. & l. si servus 108. §. cùm quid. ff. de lega. 1.* Præterea exemplo depositarii ad minimum potest videri obligatus, qui non solũ tenetur de dolo & latâ culpâ, quæ est in cõmittendo, sed etiam, quæ est in omittendo, si non æquè diligẽs sit in re alienâ custodiæ causâ susceptâ, ut

in rebus est propriis. *l. quod Nerva. ff. depos.* Adde quòd *in l. is qui alienum 51. h. t.* responsum est: sufficere dolo & culpâ carere promissorem, ut non teneatur, si res desiit in commercio esse: ergo si culpâ non careat,
30 tenebitur. † Culpa autem, Dd. interpretatione simpliciter prolatâ, intelligitur de culpa levi, & quæ est in negligendo. *Decius 3. not ab. ad l. contractus. de reg. jur. ibid. Cagnol. num. 12. & 27. Alciat. ad l. magna. ff. de verbor. signif.* Denique regula idem suadere videtur, quæ proponitur *in l. 5. §. 1. & seqq. ff. commod.* & ab interpp. declaratur *ad l. contractus. ff. de reg. jur.* Nam qui stipulanti promittit, censetur utriusque gratia contrahere: præsertim si alii alicui contractui; puta emtionis vel locationis aut societatis, vel mandati aut pi-
31 gnoris vel commodati adjiciatur. † Quo casu crediderunt multi, stipulationem naturam ejus cõtractus imitari, cui adponitur: ideoq; hanc quęstionem de culpâ & negligentiâ ex diversitate causarum, quibus stipulatio accedit, decidendam esse: ut si tali accedat contractui, qui habet solummodo doli & latæ culpæ præstationem: cujusmodi depositum est, ea quoq; sola in stipulationem veniant: Si verò ejusmodi, qui & levis culpæ & leviss imæ, aut casus fortuiti præstationẽ recipit: recipiat & stipulatio: Quò nonnihil etiam Bartol. *in d. l. si servum 91. nu. 3. h. t.* ob-
32 scurè licet, inclinare videtur. † Contrariam autem & negativam sententiam, Irnerius, Martinus, Zasius, Duarenus, Cujacius, Donellus & quidam alii *ad dict. l. si servum 91. h. t.* per illum textum tuentur. Ait enim Paulus: *Si servum* (vel bovem, vel equum) *stipulatus fuero, & nullâ morâ intercedente, servus decesserit, si quidẽ occidat eum promissor, expeditum est; sin autem negligat infirmũ, an teneri debeat promissor? Cõsiderantibus, utrũ*

quem-

quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus à possessore fuerit, culpæ hujus nomine tenetur promissor, ita & cum dari promisit: an culpa quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est: quia qui dari promisit; ad dandum nō ad faciendum tenetur. Duo hoc loco JCtus Paulus docet: Unum est; promissorem teneri de omni culpâ, & casu post moram eveniente, *juxta l. si ex legati 23. l. si Stichus 33. h.tit.* à sensu contrario: *l.nemo 82. §. fin.h.tit.* † Mora enim promissoris, quamdiu mora est, perpetuat obligationem, adeò, ut quocunq; modo res debita postea pereat, reus teneatur omnimodo: *l.quòd te.ibi Petr. Costalius post veteres & recentiores. ff. de rebus cred. si cert. peta. l.illud. ff. de petit.hered. de qua re plura vide ad l.12. §. fi. ff. de verb.signific.* † Alterum, quod hîc tradit Paulus, est in ℣. *si quidem occidat:* & ℣. *sin autem negligat.* nempe, teneri de dolo & culpa promissorem, etiamsi morâ nullâ præcesserit; Etenim hic ℣. *si quidem.* ita cohæret antecedenti propositioni, ut non sit ejus mẽbrum explicans; sed sit secunda ab illâ separata propositio: ac si dicat: si servum stipulatus fuero, & nullâ morâ intercedente servus decesserit, expeditum est, promissorem omnimodo teneri: Si quoque occidat eum promissor, similiter expeditum est, teneri scilicet; sive dolo malo occidat, sive sine dolo: quod fortasse ignoravit, vel in eo erravit, utrum servum istum mihi deberet. † Nam culpam commisit non levem, qui sine causâ lege concessâ, atque adeò absque justâ indignatione interemisset: tametsi excusaretur, imò liberaretur, si ex justâ causâ interfecisset. *l. qui servum 96. h.tit.* † Quid ergo? an promissor servi mihi de omni culpâ & omni negligentiâ tenebitur? Hanc quæstionem deinceps tractat in ℣. *sin*

33 34 35 36

autem negligat, exemplo servi ægroti neglecti: & ostendit posse quem de eo dubitari: utrum teneatur de culpâ non solùm in faciendo consistente, cujusmodi est, si occidisset promissum servum; sed etiam, quæ est in non faciendo: ut si nō satis idonea alimēta suppeditasset, si medicum non advocasset; aut nō satis idoneum, hoc est, utrum teneatur tam de culpâ latâ, quàm levi: an verò de culpâ tantùm latâ, non etiam levi; quæ est in faciendo, vel omittendo. Et hoc posterius magis probandum esse respondet, hanc rationem reddens: *quia, qui dare promisit, ex stipulatione tantùm tenetur ad dandum, non etiam ad faciendum*: q.d. stipulatio stricti est juris, nec potest in eam aliud venire, quàm promissum est: atqui promisit tantùm istum servum dare, non etiā, se eum curare, se lautè & prolixè eum tractare, se medicos accersere velle. Igitur si hoc facere neglexit, nulla culpa est, nulla ratio est, cur ei imputari possit. Nam de quo (dixerit) obligatus non sum: id nec facere teneor. *l. si cujus. §. denique. ff. de usufruct.* nec à me jure peti vel postulari potest; *l. sciendum. ff. de usuris. l. qui decem. ff. de solution. l. si pupilli 127. h. t.* Hoc declarat & cōfirmat Paulus rursum exemplo rei promissæ, quæ postea religiosa vel sacra facta est; in ℣. *Sed si sit quidem res in rebus humanis*, &c. distinguens, utrum propriâ promissoris culpâ, quæ in faciendo consistit, exempta sit humano commercio: puta; quod ipsemet Deo dedicavit, aut mortuum inferri curavit, vel alii vendidit, ut dedicaret; ut tum teneatur, ac si adhuc res in hominum commercio foret: si verò alterius facto, cujus res erat, nec causam ab hoc promissore habebat, acciderit, quod tamen celeritate solutionis potuisset prævenire, nec fecit; atque ita sit culpa in non faciēn-

ciendo; non tenetur. Priore sanè casu non levis est culpa promissoris, tam temere, tam imprudenter, tam desidiosè, & propè perfidè rem promissam vel mutantis, vel distrahentis: posteriore casu utique levior est, nec crassam habet imprudentiam, quæ possit propè perfidia videri. Hoc ergo Pauli loco illud efficitur, quod volumus, teneri promissorem stipulationis actione tantùm de dolo & lata, eaque culpa, quæ est in committendo, nõ etiam quæ est in omittendo; nisi manifesta fraus concurrat & doceatur. At, dixeris, quâ ratione Paulus hoc asseruit, cãdem possem quoq; evincere, ne quidem de facto doloso, vel latâ culpâ, quæ in faciẽdo esset, teneri: puta, si sciens aut ignorãs promissum servum occideret: quippe dare, non etiam facere promiserat. *Occidere* autem & *non occidere* facti est, & facto continetur. † Verùm hoc factum directò efficit, ut dari non possit servus; & perinde est, ac si statim declarasset, se dare nolle. Quod secus est, si negligat ægrotum, vel non salubriora præbeat alimenta, aut non exactiùs vestiat. Potest quidem propter hanc negligentiam augeri causa mortis; & ita cum aliis efficere, ut dari non possit: principaliter tamen & directò hoc non facit, neque necessariò & semper hoc operatur, ut tamen occisio semper & necessariò facit. Quamobrem neque inepta est JCti Pauli ratio, neque etiam in consequentiam trahenda. † Sed & illud inde clarum fit, non satis bene inspexisse textum *d. l. si servum 91.* Bart. & reliquos interpp. qui putant istum textum pro se facere: prætendentes textus obscuritatem & confusum ordinem: dum volũt, istis verbis: *qui dari promisit, ad dandum non faciendum teneri:* contineri rationem dubitandi, non decidendi. Imò verò verba illa; *quod*

37

38

magis probandum est: hanc cavillationem non ferunt; nec fas est sine exemplo ordinem verborum & sententiarum intervertere: ut multis Zasius, Donell. Duaren. & Cujac. *in dict. l. si servum 91.* ostendunt, elegantiam latinæ linguæ hac in parte urgentes. † Pro hac opinione ergo non solùm facit JCti Pauli prædicta ratio & natura stipulationis, *de qua in l. quicquid 99. h. tit*: verumetiam regula quæ est *in leg. 5. & §. seq. ff. commod.* cùm dici nequeat, stipulationem contrahi vel promissoris tantùm, vel utriusque & promissoris & stipulatoris gratiâ: cùm hoc saltem illâ agatur, maximè si alteri alicui obligationi accedat, ut stipulatori magis, firmiùs, diligentiùs, ac perfectiùs cautum sit: *argum. §. 1. in fin. h. tit.* ut suprà aliquoties videre est: neque vicissim stipulator obligatur promissori. Itaque stipulatoris potiùs non promissoris gratiâ contrahi censetur; & per consequens de solo tenebitur dolo ac lata, non etiam levi culpa, quæ est in non faciendo. Non obstant argumenta affirmantium. Nam quod ad primum attinet, non simpliciter collatio illa instituitur, sed solummodo ad ostendendum, quòd de culpa etiam promissor teneatur, quia & possessor, à quo vindicatur homo, de ea tenetur: utrum autem indistinctè de omni culpâ obligatus sit, in illâ collatione Paulus non expressit: sed in sequen. ℣ *s. an culpa.* subjicit. Deinde, posito quòd collatio ista simpliciter circa culpam instituatur, & ratio sit vel dubitandi tantùm, vel, ut quidam volunt, (quod vix textus ordo patitur) decidendi: adhuc tamen aliud non obtineret hæc collatio, quàm quòd Paulum velle suprà diximus: nempe, ut morâ nondum contractâ teneatur de dolo & latâ culpâ, quæque est in faciendo, non etiam de levi, quę in non faci-

39

cien-

ciendo. Etenim, ut possessor rei alienæ de omni culpâ teneatur, necesse est, eum aut malæfidei esse possessorem, aut litem cum eo esse contestatam, & ita in morâ versari: *leg. qui petitorio. §. qui rem. l. si homo. ff. de rei vendicat.* At quando promissor in morâ est constitutus, quamdiu in eâ hæret, asserimus teneri de omni culpâ. Magis itaque confirmat hoc argumentum negativam opinionem, quàm infirmat. Et cùm hæc Paulus optimè calleret, non putavit, opus esse, hanc objectionem (si ita accipere placet) diluere: quod etiam Donello *num. 9. ad dict. l. si servum 91.* optimè visum est. † Quod *ad dict. l. quòd si nolit. §. culpam. ff. de ædil.* 40
edict. attinet; notum est, redhibitoriam actionem quandoque esse ex empto, & bonæfidei quandoque ex edicto & arbitrariam; nec eam ex stipulatu dari, tametsi stipulatione, quædam adesse & inesse rei vēditæ, promissum esset: sed si ex stipulatione dictorum promissorúmve nomine emptor ageret, aut id quod interesset, aut pœnam eo nomine promissam peteret: rem verò nō redderet, ut de culpâ ejus quæri posset, *per dict. l. quod si nolit. §. si venditor pronunciavit. l. proinde 33. l. sciendum 19. §. 1. §. 2. §. 3. ff. de ædil. edict.* At de redhibitoria ex edicto ædilicio, non de actione ex stipulatione in allegato loco tractari ex antecedentibus & consequentibus constat. Mirum igitur non est, quin culpæ præstatio talis eo loci definiatur: cùm emptio & venditio utriusque gratiâ sit celebrata, & utrinque par fides desideretur, & par obligatio. Sic etiam factum cuique suum nocebit: si secus fecerit, quàm oportuit, quàm tenebatur: & faciendo, continetur non factum; si par sit utriusque causa: At in hoc tractatu de culpâ, hæc secus esse, suprà intellexi- 41
mus. † Nam & aliâs ex Zasio, Bartol. gloss. *ad l. quod*

Nerva. ff. depos. Dd. *ad l. contractus. ff. de reg. jur. ad l. in magistratus 7. ff. de magistr. convenien. & l. si plures 38. ff. de administr. tuto.* notum est, multum differre culpam quæ committendo fit, ab eâ, quæ omittendo: nec semper & ubique hanc præstari, ubi illa sibi locum vindicat. Itaque quid vetat, aliis casibus facti appellatione non-factum contineri: in hac verò culpæ quæstione non item? ut quidem alio aliquo casu culpa
42 sit: hîc pro culpâ omissio non habeatur? † Etenim, qui dare promisit, interim ejus rei dominus est. *leg. ubi autem 75. §. final. hoc titul.* Domino autem re suâ modicè abuti sine culpa posse, & sine culpa quandoque negligere, quis dubitat? *leg. in re mandata. ubi gloss. & interpp. Cod. mandat.* Veterum deinde illa regula, quæ objicitur, ita generalis est, ut eam tamen prædicto modo declarandam, interpretandam & illustrandam Paulus putaverit: cujus interpretatio & restrictio hac in parte à Justiniano juris nostri conditore recepta & approbata est: cui eam ob causam standum erit; præsertim optimâ ratione & regulâ *in dict. leg. 5. §. 1. & sequentib. ff. commod. dict. l. contractus. ff. de*
43 *regul. juris.* concurrente. † Est præterea hîc manifesta differentia, & diversitatis ratio inter legata & stipulationes in aperto: ut ita hîc illa regula nihil stringat. Differentia apertè traditur à Paulo *in dict. l. si servum 9. & hoc tit.* Ratio diversitatis etiam in parato est: quia in legatis & fideicommissis versatur utriusque & heredis & legatarii sive fideicommissarii causa, ratio & utilitas non minùs, quàm in emptione utriusque & emptoris & venditoris; in locato, locatoris & conductoris; in societate, utriusque utilitas & causa: Nam heres ideò hereditatem adiit eamque consequitur, ut legata præstet: *§. item heres. Instit.*

de

de obligat. quæ ex quasi contract. quam etiam ob causam Africanus existimavit æquissimum esse, ut instar venditoris, instar locatoris teneatur heres legatario & fideicommissario de latâ & levi culpâ *in dict. leg. si servus 108. §. cum quid. ff. de lega. 1.* † Imò, quod magis 44
est, actiones ex testamento legatorum & fideicommissorum comparantur bonæfidei actionibus, & ipso jure in morâ heredem non solventem constituunt. *l. in minorum. Cod. in quibus caus. restit. in integr. necess. non est. Lequis. l. respondit. §. heres. & §. seq. l. equis 39. ff. de usur.* At post moram commissam promissorem quoque de omni culpâ teneri sæpe dictum est: nec de eo litigamus. † Quis intellectus sit *dict. l. is qui alienum* 45
51. hoc tit. ex declaratione *dict. l. si servum 91. & dict. l. si ex legati 23. hoc titul.* liquet: quippe cum eâ conjungi debet: & culpa ibi intelligitur, quę perpetratur faciendo, non quæ omittendo. Argumentum à depositario ad hunc promissorem ideo non procedit, quòd depositarius ipsa conventione erat obstrictus custodire; & ita ad factum: si jam desidiosè neglexit, & in re suâ diligentior fuit, quàm in re custodiendâ: non tam omittendo, quàm committendo; non tam negligendo, quàm faciendo culpam admisit, *juxta dict. l. quòd Nerva. ff. depos. & §. præterea. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Atqui promissor de re custodienda nihil, sed dare, promisit: ut Paulus *in dict. leg. si servum 91.* argumentatur. † Deinde expeditum est, 46
depositarium de levi culpâ non teneri, nisi in se receperit. *l. contractus. ff. de regul. juris. ibi Dd.* Idem & hîc asserimus. † Dolum & machinationem & fraudem 47
apertam promissoris, etiamsi sit in omittendo, non excusamus. *argum. l. lata. l. magna. l. cedere diem. §. lata. & ibi annota. ff. de verb. signific. l. 1. §. quia enim. ff. depos. lim-*

puberibus. §. fraus. ff. de suspect. tuto. l. quod Nerva. ubi Zasius.

48 *ff. depos.* † At non præsumitur fraus ejus, si quid tantùm sit omittendo peccatum: licet adversus depositarium præsumeretur, eò quòd promiserat rei custodiam. *argum. §. præterea. Instit. quib. mod. re contrah. ob-*

49 *ligat.* † De regula *in dict. l. 5. §. 1. & seq. ff. commod.* suprà responsum est: & patet *ex l. quicquid 99. hoc tit.* ex definitione, ex fine & usu stipulationis eam non utriusque, sed solius stipulatoris gratiâ contrahi: quippe cujus solius utilitas in ea versatur. Atque hæc de do-

50 lo & culpâ in hac actione præstandâ. † Quæ omnia ita se habent, nisi in se pacto recepisset levem, vel omnem culpam, vel casum fortuitum. *l. contractus. vers. sed hæc ita. ff. de regul. juris.* aut moram commisisset. *l. is qui ex stipulatu 45. ff. de obligat. & action. l. si ex legati 23. dict. l. si servum 91. per tot. hoc tit.* Etenim posse aliquid ampliùs pacto recipi in continenti adjecto, vel ipsâ convẽtione, quàm alioquin secundùm actionis naturam & juris regulam esset sustinendum, ut de culpa & casu disertè traditum est *in l. contractus 23. vers. sed hæc ita, nisi quid nominatim. ibi Decius & Cagnol. num. 70. & 72. ff. de regul. juris. in l. 1. §. si convenerit. ff. depos. cap. contractus. & ibi Petrus Peckius de reg. juris 6. post Dynum & gloss.*

51 non dubitatur. † De mora hîc prolixiòr campus dicendi occurrit: sed & peculiarem tractatum requirit, & etiam habet: ut videatur heterogeneum, si de ejus definitione, divisione, variis causis, subjectis, adjunctis, comparatis & effectis hoc loco disserere velim. Satis erit, si tantùm attingam ea, quæ hujus loci propria, quibus conjungenda, quæ *ad l. 12. §. 1. & l. si calvitur 233. & passim. ff. de verb. signific.* adsperſi. Et certè, si in morâ sit promissor, ac in eâ perseveret; de omni culpâ & casu, etiam fortuitò, teneri, satis expressit

presſit Paulus *in dict. l. ſi ſervum 91.* & Pompo. *in d. l. ſi ex legati 23.* & Ulpianus *in dict. l. nemo 82. §. 1. h. tit.* ut amplius de eo dubitare nefas videatur. † Sed hîc quæ- 52
dam in quæſtionem veniunt: & quidẽ primò, quando intelligatur quis ita in mora cõſtitutus, ut de interitu rei naturali teneatur? Circa quam quæſtionẽ occurrit conſideratio duplicis moræ. † Eſt enim 53
mora duplex, una ex re, & quę ipſo jure accidit, *l. cùm verò 26. §. apparet. ff. de fideicomm. libert. l. etſi 23. ff. de uſur. l. Titia 83. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. idem dicendum. ff. de adimend. leg:* altera ex perſonâ. *l. mora 32. ff. de uſur. Johann. Borcholt. de uſur. c. 3. nu. 19.* † Quæ ex re, ſive re, mora fit, 54
ſolo tempore tardioris ſolutionis juris interpretatione, *per l. in minorem. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. neceſ. nõ eſt. d. l. cùm verò is 26. §. apparet. ff. de fideicom. libert. l. 5. C. de act. & oblig. Jacob. Menoch. de arbitr. jud. quæſt. caſ. 220. nu. 6.* ideoque vulgò moram appellant irregularem Bart. & Coſtal. *ad l. mora 32. ff. de uſur.* per illum text: quippe quæ magis autoritate juris conſiſtit, quàm facto; & impropriè potiùs, quàm propriè mora videri poteſt, *per d. l. cùm verò. §. apparet. d. l. 5. C. de act. & obl.* † Cõmit- 55
titur enim in minorũ perſonâ, ſi quid ipſis ſolvi debeat ex contractu bonæfidei, vel ex teſtamento legatum aut fideicommiſſum; citra omnem interpellationem ob ſolam tarditatẽ ſolutionis. *l. 3. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. neceſſa. non eſt. l. cùm verò is 26. §. apparet. verſ. certè minoribus. ff. de fideicomm. libertat:* ad cæteros debitores minoris non porrigitur. *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo non habenti. ff. de uſur. l. pupillo. ff. de ſolution:* & ceſſat, quam primùm major eſſe incipit, *l. Titia Sejo 87. §. uſuras. ff. de lega. 2.* † Committitur hæc etiam mo- 56
ra, ſi quid Eccleſiæ debeatur. *gloſ. in §. ex maleficiis. verb. judicium. & ibid. Jaſo. Inſtit. de action. Coſtalius ad l. 23. ff. de*

usur. vel Reipub. ex testamento vel codicillis. *l. Reipub. ibi gloss. C. ex quib. caus. major. in integ. c. requisivit. ubi gloss. c. auditis. extr. de in integ. restit.* aut fisco ex foricariis aut vectigalibus tardiùs illatis. *leg. cum quidam 17. §. fiscus. l. Herennius 43. ff. de usur.* item si fideicommissaria debeatur libertas per Divi Marci constitutionem: *d. l. cùm verò 26. §. apparet. ff. de fideic. libert.* nisi in fraudem legis Papiæ, vel alterius, aut fisci data sit tacitè: *l. si fundum. §. Stichum. ff. de lega. 1.* cùm tacita ejusmodi fideicommissa odio habeantur. *l. 1. l. non intelligitur. l. edicto. l. Statius. l. seq. ff. de jur. fisc.*† Mora ex re etiam intelligitur, si re traditâ emptor precium non ilicò solvat, *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend. Costal. ad l. 23. ff. de usur.* & multis aliis casibus: ut si fur sit aut violentus invasor vel malæfidei possessor, qui sciès ab initio rem alienam occupavit, vel comparavit, tametsi prædo nõ videatur. *l. 9. l. ult. ff. de condict. furt. §. ult. Inst. vi bon. rapt. l. meritò. ff. de vi & vi arma. l. illud. ff. de petit. hered. l. qui sine dolo. ff. de reg. jur. l. si quis 24. ff. de usur. l. item si. ff. de rei vend. Menoch.* 57 *d. cas. 220.*† Cæterùm hujus moræ effectus potissimùm est, ut usuræ & fructus debeãtur, usq; dum perdurat: *d. l. in minorum. d. l. Reipubl. d. l. 5. C. de pact. int. empt. l. Julia. §. ex vendito. ff. de act. empt. l. fructus. C. eod.* & libertas ipso jure contingat; non obstante *l. si voluntate. C. de fideic. libert.* cùm hæc intelligantur de libertate ex aliquo actu inter vivos competente fideicommissaria: non etiam si ex testamento concedenda; cùm multa eam possint jure suspendere; & Divi Marci constitutio propriè ad contractus, & actus inter vivos, nõ ad ultimas volũtates pertineat. *l. Paulus 38. §. 1. ff. de liber. caus. l. 1. l. 4. C. si mancip. ita fuer. alien.* Atqui ut casus etiã fortuitus & naturalis interitus sit periculo debitoris sine suâ culpâ, & sine omni interpellatione, sed solius

legis

legis interpretatione, ob favorē creditoris, vel causæ in morâ ex re constituti, iniquum visum est. Itaq; hi effectus propriè eos attingunt, qui ex personâ, seu in personâ moram committunt. † Excipitur tamen fur violentus & malignus rei alienæ occupator, quique ab initio dolo malo & sciens rem alienam comparavit: cùm scire debeat, quod suum non est, id alterius esse, eique restituendum. *d.l.9. l.ult. ff. de condict. furt. l. inter stipulantem. §. Stichum, qui decessit, h.tit. dict. l. illud. ff. de petit. hered.* † In personâ igitur, nascitur mora tantùm per interpellationem, quando oportuno loco & tempore debitor de solutione facienda interpellatus est. Nam & creditor, si is oportuno loco & tempore à debitore interpellatur de recipiēda solutione, utique in morâ constituitur, ut ampliùs periculum rei non sit debitoris ob moram præcedentem, nec usuræ currant: ut suo loco tractatur. Quantò ergo magis erit mora confecta, si debitorem creditor oportùnè interpellaret frustra, *per l. mora 23. l. sciendum 21. cum seqq. ff. de usur. Paul. lib. 3. sentent. in fin. d. l. si ex legati. h. tit. ubi interpp. Forcatul. de mora. part. 1. num. 6.* † Oportunum tempus illud est; quando sine temporis impedimento debitum peti potest: h. e. si purum sit debitum, neque ipsa re, neq; die dilationem ampliùs admittat; quòd si die vel conditione adhuc suspendatur, *l. cùm filiusfam. §. fin. h. titul. l. cedere diem. de verb. signific.* aut ex ipsa re dilatio insit. *l. interdum. h. tit.* nōdum potest mora per interpellationem introduci, *d.l. cedere diem:* quia peti nondum potest. *l. si pupilli 127. h. tit. l. nulla 88. de reg. juris.* † Sic locus oportunus est, ubi invitus posset cogi debitor ad solutionem; puta, in loco contractus vel solutionis, *glos. ad d.l. mora 32. ff. de usur.* † Fit autem interpellatio omnis aut

expresè aut tacitè: illa modò judicialis, modò extrajudicialis est: hęc semper extrajudicialis. Expresè fit per denunciationem, seu admonitionem, sive ut Bartol. loquitur per incitamentum, de debito puro, & quod jam peti potest; testatò, vel nuncio interposito, claro & perspicuo, *Jacob. Menoch. de arbitra. jud. quæst. lib. 2. casu 461.* & ita extra judicium: aut pro tri-
64 bunali judicii postulatione & impetratione. † Cæterùm, ut judicialis hæc mora sit contracta, propriè requiritur litis contestatio: *l. vinum. ff. de rebus credit. si cert. peta.* quia antè non propriè est judicium, nec petitum rectè & cum effectu dicitur. *Bart. Jas. Donel. ad l. vinum. per illum text. & l. amplius. §. 1. ff. rem rat. haber. l. 1. 2. 4. C. de usur. rei leg. Johan. Corasius lib. 2. Miscellan. cap. 6.* Et quin judicialis in mora constituat, nulla est dubitatio, maximè si sine justâ causâ ad judicium provo-
65 catum sit. *l. qui sine 63. de reg. jur.* † De extrajudiciali verò expressa controversia est. Etenim Corasius *d. lib. 2. Miscell. c. 6.* credit, non sufficere. Communis autem Dd. conclusio sufficere arbitratur *per d. l. mora 32. ff. de usur. d. l. si ex legati 23. d. l. si servum 91. d. l. nemo 82. §. 1. h. t. gl. in d. l. vinum. ff. de reb. cred. l. qui Romæ. §. coheres. h. tit.* nisi alibi dilertè requiratur decretum judicis, cujusmodi casus esse putatur *in l. lex quæ. C. de administ. tut.* quando tutores pupilli res non aliter rectè distrahunt, quæ servando servari possunt, quàm decreto intercedente: Ante illud ergo decretum non censentur in mora constituti, ob quam rerum periculum sustinere debeant. Et alius casus *in l. cùm postulassem 44. ff. de damno infect.* ubi nō priùs stipulatio prætoria de damno infecto ob moram postulati adversarii pro interposita habetur, quàm si prætorem postulator adiisset.
66 † Sed quęstionis rursum est, an ad extrajudicialē mo-

ram

ram efficiendã ſufficiat una interpellatio, vel plures requirantur? Æmilium Ferretum in libello de mora ſecutus Johann. Coraſius *lib.2.cap.6. Miſcellan.* plures requirit. Cui etiam Petr. Coſtal. *ad d.l.mora 32.verſ.& non ſufficit.ff.de uſur.* ſubſcribit. Communis ſchola unam ſufficere arbitratur: *Bertachin.in Repertorio. verb. mora.Franciſc.Aretin.in d.l.ſi ex legati.Bart.nu.4. ad d.l.qui Romæ.§.Seja.h.t.ibid.Jaſon nu.26.gloß.& Bartol.ad d.l mora 32.ff.de uſur.Felin.ad c.ex literis. nu.8.extr.de conſtit.Jacob.Menoch. de arbitra.jud. quæſt.caſu 220. nu.26.27.& ſeq.* quam etiam uſus forenſis amplexus *per l.mora.in prin. & §.1.ff.de uſur. dict.l.ſi ex legati 23. verb.interpellatus.l.qui Romæ 122.§.Seja.h.tit.l.Titia Sejo 87.§.1.ff.de lega.2.l.3.§.1. ff.quod vi aut clam. l.13. §.1. ff.de novi oper. nunciat.* Simpliciter enim hi textus loquuntur, nec plurali numero utuntur: *interpellationem* non *interpellationes* exigunt. † Simplex itemque ſermo de actu uno ac primo intelligitur, ubi aliud in ſpecie non cavetur, *l.boves.§.hoc ſermone.ibi nota.ab Andre.Tiraquel.& aliis.de verbor.ſignif.* Confirmari poteſt hæc etiam opinio *per l. qui decem 72.ff.de ſolution.l.illud. ff.de peric. & commod.rei vend.l.qui uxori. l.denunciaſſe. ff.ad leg. Jul.de adulter.* Et cum emphaſi dicitur *in dict.leg.Titia Sejo 87.§.uſuras.ff. de lega.2.* ℣b. *ſufficit ſemel interveniſſe.* ubi Bartol. *in ulti. notab.* Angel. & Bald. *in dict.l.qui Romæ. §.coheredes.ibid.* Jaſo. & idem Jaſon *ad dict.leg.qui Romæ. §.Seja. num.26.* tametſi Coſtalius illud de ipsâ morâ, non de numero interpellationum, ut & *in dict.l.qui Romæ.§.Seja.* intelligere cum Coraſio haud ſine ratione malit. † Deinde ſemel certior, eo, quo debuit modo, factus, ampliùs certificandus non eſt. *l.1.§.ult. ff.de action.empt.l. 1.ff.de dot.præleg.cap. eum qui certus. de regul.juris 6.* Nec obſunt huic ſententiæ quæ Ferret. Coraſ. Coſtal. & 67 68

reliqui dissentientes in diversam sententiam immeritò traxerunt, ut pluribus Menoch. *d. casu 220. à num. 29. usque ad 45.* ostendit. Nam *in l. si mandatu Titii 59. §. ille. ff. mand. l. qui Romæ 122. §. coheredes. h. tit. l. Æmilius 38. ff. de minor.* similibusque locis enarratur historicè, quid factum sit, non quid fieri debeat: sicut ergo dicitur, non quid Romæ fiat, sed quid fieri debeat, inspici oportere, *l. sed licet 12. ff. de offic. præsid.* ita quoque in hac juris quæstione spectandum, non quid ex abundanti fit, sed quid fieri debeat. Et ut Jason *in d. l. qui Romæ 122. §. Seja. num. 26. h. t.* ait: *quia illud ibi dicitur in narratione contingentiæ facti, ex qua non est licitum arguere in jure, quando legislator in ea non se fundat, secundum*
69 *glos. in l. unic. in 3. lect. C. quand. non pet. en. part.* † Quanquam etiam dici possit in facti specie, *d. l. Æmilius 38. ff. de minorib.* fuisse duo pacta, & duas dilationes diversarum rerum, ideoque etiam totidem opus fuisse interpellationibus: ut Menochio visum est. Sic *in d. l. qui Romæ. §. Seja.* ℣ſ. *Si Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure usuras non deberi. h. t.* nihil reperitur, quod secundùm Corasium vel communem evertat, vel pro Charonda *lib. 3. verisimil. cap. 10.* existimante, unam quidem interpellationem sufficere ad moram inchoandam, non etiam perficiendam, (quippe nō oportere cessare vel desistere ab instanti & continuâ interpellatione) faciat; aut quod probet, arbitrio judicantis permittendum esse, utrum una sufficisset, vel pluribus opus fuisset, secundùm rerum, personarum & causarum aliarum circumstantias. Nullam, inquam, horum opinionē, Scævola eo in loco munit: sed agit de debitore debitum offerente: qui offerendo etiam creditorem in morâ cōstituit; ut usuræ sistantur. Ut verò hæc mora creditoris, per posterio-

rem

rem debitoris (quæ semper nocere solet, *l. qui servum 91. §. sequitur. ibi Dd. h. t.*) non purgetur, aut tollatur: ideo opus est, ut ex quo semel obtulit, semper instructus & paratus maneat ad solvendum: quippe deposuit & cõsignavit: *l. si creditrici. l. acceptam. C. de usur.* vel solutionem facere cupiens otiosam apud se pecuniam sufficientem oblatam, ex quo semel ritè rectéque obtulit, retinet: non autem requiritur, ut sæpiùs & instanter in manibus coràm offerat. Nihil etiam cum hac quæstione commune habent *l. 4. ff. de pigner. action. l. 1. §. sufficit. ff. de libell. dimissor. l. 1. ff. de ventre inspic. l. contumacia. §. 1. ff. de re judic. l. ad peremptorium. ff. de judic.* & ex separatis nil nisi separatum infertur. Imò idonea & propè necessaria circa singulas illas facti species ratio diversitatis occurrit. † Nam in facti 70
specie *d. l. 4. ff. de pigner. actio.* requirebat plures denunciationes pactum de non distrahendo pignore interpositum: quod si absolutè accipiẽdum fuisset, ne omnimodo distraheretur; nullas vires habuisset, utpote cum formâ & fine pignoris pugnans. *per leg. nec ex prætorio. ff. de reg. jur.* Ita igitur ex usu juris & commodo paciscentium intelligitur, ac si convenisset, ut non facilè, neque secundùm juris constitutionem, statim, unicâ denunciatione emissâ, distrahatur: sed si sæpiùs interpellatus non numerasset: alioquin cõtra pacti placitum distrahens furti teneatur. Quod ergo specialiter pacto, pactíque interpretatione ita caveri oportuit, non potest ex ordine juris cõstituti videri. † Restat textus *in l. mora. §. & non sufficit. ff. de* 71
usur. qua potissimùm se commoveri clamitat Petr. Costalius: Sed attẽdat, velim; non absolutè ibi affirmare, unam interpellationem non sufficere: verùm hoc ibi Marcianum ex hypothesi ita constituere. Et-

enim servo domini, ejúsve procuratori denunciatú erat: ait Marcianus, hanc non sufficere denunciationem, nisi ipsum etiam dominum interpellasset. Ideoque, si dominus post denunciationem procuratori vel servo factam, sui potestatem faciat, non protinus per debitorem intelligi factam esse moram. Ratio est: quia ipsi debitori, non familię ejus, non alicui ex ejus procuratoribus vel servis erat denuncianda solutio: & ita perinde est, ac si non interpellasset; maximè si sui postea potestatem faciat. At si ipsimet denunciasset debitori, neq; opus fuisset denunciatione servo vel procuratori factâ, neque moram evitasset, si non aptè solvisset: cui consentit Menoch. *d. cas. 220. num. 30. per Litem venunt. §. petitam. ff. de petit. hered.*

72 *& gloß. ibid.* † Ut sæpiùs & instanter libellus dimissorius sive apostoli petantur, ideo exigitur, ut qui appellavit, videatur neque renuntiasse tacitè appellationi & prorogasse judicis jurisdictionem, neque etiam negligenter litem prosequi, cùm judex multitudine negotiorum impeditus possit ejus oblivisci; aut existimare, condemnatum moras tantummodo nectere, nec ideo urgere, ut illico audiatur appellatio.

73 † Deinde vêtris inspectio peragitur, ut omnis fraus amoveatur: sæpiùs usq; ad partus momentum fraus committi potest; ideoque etiam sæpiùs venter erit inspiciendus: & ad quamcunque inspectionem denunciatione opus est; eaque unicâ. Itaque & disparratio est, & si qua paritas; pro communi contra Corasium retorqueri potest: cùm similiter ad quamlibet moram constituendam sufficiat una interpellatio: ut si initio debitorem in morâ cõstituissem: mox ego in morâ fuissem: & rursum interpellassem: ut debitori hæc jã ultima mora noceat, sufficiet unica

quo-

quoque interpellatio: ſicuti ad ſingulas inſpectiones ventris ſingulæ ſufficerent denunciationes. † Eſt & ratio, cùm contumax intelligatur ille tandem, qui tribus edictis, aut uno peremptorio pro tribus evocatus eſt: non, quòd etiam non ſtatim poſſit eſſe cõtumax, ſed ut ejus contumacia pleniùs innoteſcat: *d.l. properandum. ibi interp. C. de judic. l. conſentaneum. auth. qui ſemel. C. quomod. & quand. judex. ibi Dd.* 74

† Cæterùm factâ interpellatione modicum temporis pro arbitrio boni viri dandum eſt, quo poſſit ſe debitor ad ſolvendum inſtruere; nec illud ei fraudi erit: *l. 1. §. item. ſi ita legatum. ff. ad l. Falcid. l. continuus. §. cùm ita. h. tit. l. 1. ff. de jure deliber. Jaſon ad d. l. ſi ex legati 23. num. 5. h. t. Jacob. Menoch. d. lib. 2. arbitr. quæſt. caſ. 36. per gloſ. ad dict. leg. Æmilius. verb. reſtitui. ff. de minor.* Atque hæc de expreſſa interpellatione. 75

† Tacita fit, diei conventi, quo ſolvi debuit, præteritione: nam tum dies interpellat pro homine, ideoque in mora ſine ullâ aliâ interpellatione conſtituit, & interitus periculum debitori injungit: quia ſuâ die datum factũq; non apparet, ꝙ dare facere convenerat. *l. magnam. C. de contrah. & committend. ſtipulat. l. quotiens in diem 59. & ſeq. l. ad diem. l. ſi fundum. h. t. cum ibi nota. l. 9. ff. de uſur. l. 2. C. de jur. emphyt. l. unic. §. fin. C. ut omnes jud. tam civil. quàm crimin. l. vinum. verb. quo tempore.* Et ibi Dd. propè omnes, præſertim Alexand. *num. 3. ff. de reb. cred. ſi cert. petat. gloſ. ad d. l. mora 32. ff. de uſur.* Jaſon *in d. l. ſi ex legati. num. 12. h. tit.* Johan. Robert. Aurelian. *lib. 2. ſentent. c. 17.* Charond. *lib. 3. veriſimil. c. 10.* Jacob. Menoch. *de arbitra. jud. quæſt. lib. 2. d. caſ. 220. num. 43. & 44.* 76

† Sunt qui præter diei lapſum interpellationem hominis requirunt, autore Æmilio Ferreto de morâ *pa. 1. num. 22.* cùm tempus intelligatur promiſſoris gratiâ adjectum: *l. cùm tem-* 77

pus 17.ff.de reg.jur.l.eum qui 41.§.1.h.t. quod ideo in odium ejus detorqueri non debet.*l.quod favore. Cod.de legibus.* Sed horum sententiam ipse Justinian. satis *in d.l.magnam.* refutat; quando ait, *cùm ea, quæ promisit ipse in memoria sua servare, nõ ab aliis sibi manifestari debeat poscere.* Nam dies solutionis pro debitore est, quatenus medio tempore urgeri non possit ad satisfactionem, & dilationem habeat cogendæ pecuniæ: at quatenus creditorem de suo credito oportet esse suâ die certum, magis pro creditore est dies illa accipienda, qua solvi debet, ut lites minuantur, & moram
78 amputemus. †A mora tamen liberant. Primò, si interpellatus debitor non sit, ut si pupillus sine tutoris autoritate promisisset, *l.si pupillus 127. h.t.* Si exceptione perpetuâ, vel dilatoriâ petitionem pecuniæ impediente tutus esset reus, *arg.l.lecta.ff.de reb.cred.si cert. l.cùm filiusfam.§.fin.h.t.* si ex justâ causâ solutio differatur, *l.sciendum 21.ff.de usur.* vel interpellatus justè ignoret, quid quantumq; solvere debeat. *l.quod te.ff.de reb.cred.si cert.pet.l.illud.ff.de petit.hered.l.qui in alterius.ff. de reg.jur.l.nõ potest 99.ff.de reg.jur. Jas.ad d l.quod te. Andr.*
79 *Gail.obs.19.nu.8.lib.2.* † An autem difficultas à morâ excuset, cõtroversum videri potest. Et debitori prodesse frequentiùs placuit, si nulla ei culpa imputari possit, cur difficultatem illam, aut non avertit, aut incurrit, *per d.l.quod te.d.l.si servum 91. l.3. §. si per venditorem.ff.de act.emt.l.ult.§.si ea conditione.& ibi Costal.ff.ad l.Rhod.de jact.leg. 2. §.si quis judicio.ff.si quis cautio.jud.sist. Bartol.Duaren.Donell.ad l.continuus 137. & ad d. l. si ex legati 23.h.t.Costal. ad l.item illa.ff.de constit.pecun.* His ita discussis, occurrit quæstio; utrùm, si naturali fatores interiit, indistinctè post morã ejus periculum sustineat promissor: an verò distinguendum sit, utrùm

eodem

eodem modo periturus fuisset apud stipulatorem, nec ne? Dubium faciunt contrarii hac de re loci, nempe *l.illud.ff.de petit.hered.& l.si plures.§.ult.ff.depos.l. item si cum.§.pro eo autem.ff.de except.rei jud.* quibus locis traditur, naturalem interitum post moram ad actorem pertinere, utiq; h.e.tum demum, si eodem modo peritura res fuisset apud eum, quo periit apud debitorem. Contrà *in l.cùm res.§.ult.ff.de lega.1.& l.si verberatum.§.ult.ff.de rei vend.* responsum est, hunc casum pertinere ad periculum debitoris; adeò ut teneatur, quamvis fundus chasmate perierit: quamvis senio cõfectus homo moriatur. Varias recitavi sententias,& quid mihi videatur cõmodius, exposui *ad l.12.§.1.nu.9.ff.de verb.sign.* quò me remitto. Scio quidem, Donellum *in d.l.si ex legati 23.n.12.h.t.* hanc rem paulò aliter explicare, ita ut intelligat per casum, quo æquè peritura nõ fuisset apud actorem, quo apud reũ; si videlicet rẽ receptã distrahere potuisset: quia pretium habiturus fuisset: siquidem casus aliquis potest esse, ut res tam vilis & abjecta tempore interpellationis exsistat, ut nullum prorsus emptorem possit reperire, etiamsi maximè actor vendere vellet. Quo casu si periret, actori potiùs quàm reo perire deberet: quia nihil jam ostẽdere liceret, quod habiturus fuisset actor, si ilico rem tradidisset debitor: cũ res naturali fato æquè periisset restituta: nec antequam periret, distrahi potuisset, ut aliquid precii accepisset. Verùm ista, si vera sunt, sententiæ nostræ non tam adversantur, quàm eã interpretantur.

† Duo.n.circa hanc quæstionem resolvenda veniunt: unũ est, quis sit ille casus, quo æquè periisset eodẽ naturali fato apud actorẽ, si restituta fuisset, quo periit apud reũ? Et illam Donel.*d.n.12.& ad d.l.si servũ* 80

91.h.t. resolvit. Alterum est, utrum de eo casu non teneatur post moram reus, quo eodem modo apud actorem periisset: intelligendum sit indistincte de omni reo; an verò distinguere oporteat inter reum malæ fidei possessorem & bonæ fidei? vel saltem inter bonæfidei & bonæfidei litigatorem? Et hanc posteriorem prædicto loco examino. Et hæc de re certâ in stipulationem deductâ.

V. CONCLUSIO.

81 *SI† verò res incerta, genus, vel quantitas quædam debeatur, omne periculum est promissoris, nisi oportunè obtulerit, & ita creditorem in morâ constituerit.*

l. incendium. ibi Dd. C. si cert. petat. l. in ratione. §. incerta ff. ad l. Falcid. l. quod te 5. ubi Bartol. Castr. Jas. Costal. Donell. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. qui decem. ff. de solutio. Anton. Gabriel. lib. 3. comm. concluſ. tit. de reb. cred. concluſ. 1. & 2.

82 † Quantitas enim & genus perire non possunt. *d. l. in ratione. §. incerta. ff. ad l. Falci. d. l. quòd te 5. d. l. incendium:* cùm universalia sint perpetua. *Costal. in d. l. quòd te 5.* Quod verum est de genere supremo, vel universi: secus si revocetur ad certas easque paucas species: ut si cùm quinq; servos habeã, unum ex illis tibi stipulanti promittam: etsi quidem unius atq; alterius interitu non liberer: si tamen isti omnes moriantur sine meâ culpâ & fraude, ante morã, liberabor: quia perinde est, ac si certarum specierum unam promisissem: *Jas. ad d. l. quod te 5. num. 18. post Bartol. & gloß. ad l. legato generaliter. ff. de leg. 1. per l. in navi Saufeja. ff. loco* quã
83 etiam communem pronunciat. † At, dixeris, si certæ monetæ quantitatem, puta centum clypeos Wilhel-

helmicos, vel centum Schlickeros debeam, vel centum florenos in Schlickeris solvendos; non liberabor, etiamsi omnes omnino interiissent Wilhelmici, vel Schlickeri; secundùm Bartol. & Jason. *num. 16. in dict. l. quod te. & in l. qui decem. ff. de solutio. per l. incendium. C. si cert. petat.* Sed etsi illa nummorum forma in usu esse desiit, genus tamen & materia, sive quantitas non periit: quod secus est in servo, in bove, & similibus. *l. mortuo bove 49. ff. de lega. 2.* † Neque verò 84
nũmus consistit ex solâ formâ, & indicaturâ: sed ex indicaturâ ejusq; formâ & materiâ simul, *per l. 1. ff. de cõtrah. emt. & vend.* Neq; debent illa numismata tanq̃ corpora, sed tãquam quantitas, tanquam certa ac definita æstimatio, tanqq̃ summa in hujusmodi nũmis numeranda. *l. talis 30. ff. de leg. 1. l. is cui nũmos. ff. de solutio. l. Titio 87. ff. de lega. 2. l. 1. ff. de tricic. condict. l. nummis. ff. de in lit. jurand. l. sed si certos. ff. de lega. 1.* Hæc summa 3
quamdiu aliqui nummi extant, qui quanti dici possunt, periisse videri nequit. † Itaque hac in parte dis- 85
par ratio est plurium corporum alternativè debitorum, & summæ in certo nummorum genere concessæ vel promissæ, *Jas. ad d. l. quod te 5. num. 18. ff. de reb. cred. si cert. ibid. Castrens. & alii post Bartol.* † Et hæc ita 86
sunt nisi nummi deberentur certi, tanquam certum corpus & certæ species; non tanquam quantitas: idque specialiter actum esset. *per d. l. talis 30. ff. de legat. 1. Bald. ad l. acceptam. C. de usur.* quibus adde, quæ annotantur *ad l. 4. de verb. signif.* Deinde intelligitur ita esse, nisi quantitas in subsidium pro specie, & vice speciei, deberetur: tum peremptâ specie, quantitas non deberetur ampliùs: *Jas. ad d. l. quod te. num. 15.* cum quibus confer quæ annotata sunt *ad l. 14. axiomate 2. ff. de verb. signific.* † Porrò quemadmodum de- 87

bitori, ita etiam creditori mora sua nocere debet: si pecuniâ oportuno loco & tẽpore oblatam recipere recusset. *l. si soluturus. l. creditor. ff. de solutio. l. si mora. ff. solut. matrim. Jas. ad d. l. quod te. num. 14. l. si servum 91. §. sequitur. h. t. l. illud 17. ff. de peric. & commod. rei vend.* † Cujus oblationis hic profectò effectus est, ut non solùm sistat cursum usurarum, sed rei oblatæ, & præsertim depositæ periculum quoq; à debitore in creditorem avertat. *Jas. in l. si mora. n. 6. ff. solut. matrim. glos. & Dd. in l. qui decem. ibi text. l. si debitor. ff. de solut. Bart. in d. l. quod te. num. 4. & Jason nu. 14. ff. de reb. cred. si cert. pet. Anto. Gabr. lib. 3. commu. conclus. 1. de reb. cred. conclus. 1. n. 6.*

88

VI. CONCLUSIO.

89 *Quòd † si res promissa & petita post morã, aut ob culpam dari non posit, judicis officio incumbit, in id reum condemnare, quanti res erat eo die, eoq; loco, quo solvi debebat: si de die vel loco nihil convenit, quanti tum æstimabatur, cùm lis contestaretur.*

l. quotiens 59. l. seq. h. t. l. fundum 28. ff. de novat. l. si Kalendis 11. ff. de re judic. l. vinum. ibi Dd. omnes. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. pen. l. ultim. ff. de tritic. condict. & ibi Donell. prolixè. Cujac. post Bartol. Bald. Castrens. Alexand. Jason. Zas. in d. l. quotiens 59. h. tit. & ad African. tractat. 3. ad l. 207. de verbor. signific. mihi fol. 489. & seq. l. 3. §. in hac. & ibi Barto. ff. commod. † Ratio est: quia etsi æstimatio neque principaliter debebatur, neq; petita erat, (nec enim re peremptâ, durante adhuc ob moram vel culpam rei actione, aliud, quàm rem, petere fas est: quia res, non æstimatio jure actionis debetur, *d. l. si servum 61. §. ultim. l. nemo 82. §. 1. h. t.*) non tamen debebat ex suâ morâ,

90

morâ, vel dolo aut fraude, vel culpâ commodum liberationis sentire. *l. non fraudantur 134. §. fin. l. in condemnatione 173. §. unicuiq; de reg. jur.* Ideoq; ut ad executionem res nihilominus perducatur, religioni judicis incumbit, ut cõvertat condemnationem in petitæ rei æstimationem, *d. l. vinum. ff. de reb. cred. d. l. si servũ. §. fin. h. t.* eaq; sententia est *l. in re 8. ff. de condict. furt.* autore Julio Pacio *cent. 4. var. 100. quæst. 26.* quibus cõjunge quę *ad l. 14. de verb. sign.* sunt annotata. † Deinde 91
hoc casu omne illud commodum, omnẽ utilitatem consequẽtur actor, qp & quam habiturus fuisset, si statim cùm solvi deberet, & cũ peteretur, rès tradita vel restituta fuisset: ne ex delicto & morâ suâ reus commodũ sentiat, cũ detrimento alterius. *l. videamus 38. ff. de usur.* Habiturus autem fuisset ejus temporis precium, si rẽ distraxisset. Meritò igitur ejus temporis ratio in cõdemnando haberi debet, quo ad ipsam æstimationem; licet circa accessiones & deteriorationes ẽt subsequentis temporis rationem usq; ad condemnationẽ vel mortis habere oporteat, si actio effecta sit arbitraria ex loci adjectione, *l. in hac 3. ff. de triti. condict.* † Sed hoc axioma non exiguas patit̃ contro- 92
versias. Et quidem primò quæritur, sitne hoc verũ, tam in reb. certis, h. e. speciebus, ut si Stichus sit promissus, aut fundus Tusculanus; quàm in rebus genere & quantitate consistentibus; cujusmodi est, vinum, oleum, frumentum; an verò inter has res distingui oporteat? Et certè distinguendum esse inter res corpore, & res genere cõsistentes, voluerunt Bartol. *in l. 3. §. in hac. ff. cõmod. n. 3. & seqq.* Cuja. *ad d. l. mercis 207. de V. S. 2. tract. ad Afri.* Donel. *in d. l. vinũ. passim. & ad l. pen. & ult. ff. de condict. trit.* Hotto. *illust. q. 16. p tex. in d. l. pen.* ubi Ulp. lib. 27. ad edictũ; *in hac*, inquit, *actione, si q̃-*

ratur res, quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat: verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum: si verò desierit esse in rebus humanis, mortis tempus: sed ἐν πλάτει secundùm Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitæ tempus æstimari, ne ad exiguum precium æstimatio redigatur, in servo fortè mortiferè vulnerato, &c. Nisi enim, ajunt, hoc Ulpiani responsum accipiatur de re certa, & certo corpore consistente, neque *cum dict. l. vinum.* neque cum *d. l. ultim. ff. de condict. tritic.* rectè conveniet: tametsi sint, qui dicant triticariam dari ex omni etiam bonæ fidei contractu: & ita Ulpi. *in dict. l. pen.* agere de contractu bonæ fidei, atqui regulam *in d. l. vinum. & dict. l. ultim.* ad stricti juris contractus tantum, non etiam ad bonæ fi-
93 dei conventiones spectare. † Sed primum hoc incertum est: utrum JCtus in illo libro XXVII. ad edictum de bonæ fidei actionibus egerit: de arbitrariis, & ita etiam de triticaria ibi disseruisse, notum esse potest *ex l. 1. ff. de tritic. condict. ex l. 2. & l. 4. ff. de eo, q. cert. loc. l. 36. ff. de jureju. l. 5. ff. de cõfes. junct. l. 56. ff. de re jud.* ut & de cõstituto & stipulationib. *l. 1. l. 3. l. 5. l. 7. l. 11. l. 14. l. 16. l. 18. ff. de cõst. pecun. l. 11. ff. de nova.* & de cõdictione furti, *ut l. 8. ff. de cõdict. furt.* Quod de bonæ fidei actionibus, ex nullo liquet respõso. Ideoq; p. p. conceſſo & vero fundamento hoc præsupponi non potest, ut ex eo su-
94 matur conciliatio. † Alterum similiter in quæstione est, utrùm hac in parte sint bonæ fidei judicia à strictis separanda? Non pertinere regulam *in dict. l. vinum. ff. de reb. cred. si. & d. l. ultim. ff. de tritic. condict.* ad bonæ fidei judicia, asserit quidem Donellus *in dict. l. vinum.* negant cæteri propè omnes, propter *l. 3. §. in hac. ff. commod.* & generalitatem *dict. l. vinum. & d. l. ultim. cum similibus.* Ne igitur elenchus principii in hoc com-

committatur, fortasse pro vera præsupponi haud debet ista distinctio, quæ indecisam patitur controversiam. Rursum *d.l. in hac 3. ff. de tritic. condict.* agere de re certâ & certo corpore, seu specie, ajunt apparere ex vers. *in servo fortè mortiferè vulnerato*: item ex versic. *in utroq; autem. vers. ideo si quis post moram*: quæ omnia certam concernunt speciem, nec nisi in specie verificari possunt. Neq; obstare, ajunt, quod initio dicebatur, *res, quæ petita est*, si quidem generalitatem istius vocis oportet pro re subjecta restringere: rem autē subjectam non esse genus, vel quantitatem, sed certam speciem, docere subjecta exempla *in d. vers. in servo fortè. vers. in utroq; autem. vers. & ideo si quis post.* Secundò hoc effici posse, *per l. in re 8. §. 1. ff. de condict. furt. & l. pen. ff. de action. rer. amotar.* ubi de corporibus & rebus subtractis agitur, atque ita de certis speciebus. De his respondetur, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit. Tertiò pro illa opinione facere videtur *l. hominem 37. ff. mand.* ubi Primus pro Secundo Stichum debente fidejussit, & solvit: cumq; mandati agat adversus Secundum & pro eo solutū repetat, quæritur in Stichi soluti æstimatione inunda, utrum tempus spectari debeat? Et respondetur, neq; tempus litis contestatæ, neq; judicatæ rei inspiciendum esse: tametsi mandati actio sit bonæ fidei: sed illud tempus, quo Stichus solutus est. Quartò & Bartol. *in d. l. 3. §. in hac.* & Hotto. *d. quæst. 16.* & Cujac. *in d. l. 207. de V. S.* ad African. *tract. 2.* & reliqui hanc diversitatis ratione esse censent: quòd mercium cæterarumq; rerū in numero, pondere, & mensura cōsistentium pretiū temporibus varietur; atq; ita possit aliud esse litis contestandæ, aliud rei judicandæ tēpore, & convenientius sit stricto judicio, quanti

fuerint, quum peterentur, spectari: Cæterarum rerum, puta equorum, Stichi, Davi, jumentorum, ædium, fundorum, pretium non ita varietur: & ideò frustra sit, si ante rem judicatam quis æstimationem
95 earum spectandam esse dixerit.† Addi potest ex disputatione & mente Donelli hæc ratio: Ejus rei, quæ debetur, æstimatio judicis officio ob moram præstãda est; non alterius. Sed si certa species promissa sit, quæ post moram interiit, nullum tempus invenitur, vel ante vel post litem contestatam, quo nõ constet, quæ res debita sit, quæ non sit. Si verò vinum vel oleum, aut frumentum debeatur; non constat, quæ res ista sit, quam solvere reus debebat, nisi aut dies adjectus, aut res in judicio petita sit: nullius enim alterius vel antecedentis, vel consequentis temporis vinum, vel oleum, aut frumentum debetur: Ergo etiam mirum non esse, quòd si certa species promissa sit, inspiciatur tempus quanti plurimi; vel moræ vel judicati, *d. l. in hac. 3. ff. de tritic. condict. d. l. 8. §. 1. ff. de condict. furt. d. l. pen. ff. rer. amota.* si verò quantitas debeatur vel genus, saltem tempus litis contestatæ: imò rationem esse necessariam, ut hæc differentia in his con-
96 stituatur.† Contrà verò Alexand. Castrens. Zas. *n. 12. verb. vini vel alterius rei. nu. 19 & 20.* Costal. *ad d. l. vinum.* Castrens. *ad d. l. 3. ff. de condict. triti.* & quidam alii generaliter hoc axioma accipiunt, tam de certa specie, quàm genere: tum quòd decisio est generalis, licet ad hypothesin specialem accommodata: tum, quòd exempli gratia vini mentio fiat, non restringendæ & coarctandæ regulæ gratiâ. Nam & *in l. fin. ff. de tritic. condict.* cùm eadem regula esset proposita, tandem subjicitur: *quod & de cæteris rebus juris est.* Respondent quidem illi: hæc verba, *de cæteris rebus*, secundùm

dùm præcedentia esse accipienda, de cæteris rebus, in genere functionem recipientibus, cujusmodi sunt, vinum, oleum, frumentum; non de homine, vel quo alio corpore aut specie. Sed cur ita restringere debeamus, satis firma ratio non occurrit: imò, si Stichum promisisti certo die, vel certo loco dare: nec dederis, in condemnatione facienda dies & locus solutionis utiq; inspicietur, quanti tum & eo loci fuisset: nam ex eo die & loco apparet, quid habiturus fuisset stipulator, si juxta contractus legem solvisses. De loco illud expeditum est *ex l. 2. ℣b. aut Capuæ hominem. l. 5. ff. de eo, quod cert. loc. l. continuus 137. §. illud inspiciendum. ℣ s. & alioquin. si quis. h. t.* De die certo colligi idem potest à sensu contrario, *l. si Stichus 32. h. t.* & generalitate axiomatum, de certa die conventa; cui ubiq; eadem operatio & vis attribuitur, sive genus, sive species debeatur. *§. omnis. & seq. Inst. h. t. l. quod certa. ff. de solut. l. cedere diem. de verb. sign. l. in omnibus 14. ff. de reg. jur. l. magnam. C. h. t. ff. de condit. & demonstr. l. si servum 91. §. fin. h. t. &c.* Neq; invenitur alibi in specie res certa excepta. *& in l. si fundum 114. h. t.* respondet Ulpia. *Si fundum certo die præstari*, h. e. tradi, *stipuler, & p promissorem steterit, quo minus ea die præstetur: consecuturū me, quanti mea interfit morā factam non esse.* Atq; ita id, q̃ interest, ex isto die venit æstimandum: q̃ etiam confirmat collatione *l. & si post tres 8. & l. pen. in fin. ff. si quis cautio. judic. sisten. l. quotiens 81. h. t.* & expressiùs definitū est *in d. l. si Kalendis 11. ff. de re jud.* † At quod in stipulationibus faciendi est id, quod interest, vel pœna: illud in dandi stipulationib. rei æstimatio. *arg. l. si pœnā. l. si insulam. l. stipulationes non. vers. Celsus tamen. h. t. ut suprà alibi pluribus.* Ergo & in solvenda re certa, non minus quàm quæ quantitate consistit, inspicietur 97

dies obligationi insertus, *juxta d.l.magnam. & dict. l.si kalendis 11.ff.de re jud.* ubi certè in fin. generale subjicitur axioma, tam ad res certas, quàm genera & facta pertinens, in vers. *ex eo enim tempore.* cui standum, do-
98 nec exceptio doceatur.† Quod si ita est, non potest p dictę restrictioni *circa d.l.fi.in fi.ff.de tritic.cond. & d.l. vinum.* locus esse. Ita enim regula proponitur: aut dies, quo dari debuit, dictus est, aut non est dictus: priore casu ejus diei æstimatio spectanda erit, quo solvi debuit: posteriore, quo petitur: & quod de die dictum est, intelligitur etiam de loco. Si jam alterum illud membrum regulæ de die & loco, non minus ad res certas debitas, quàm in genere consistentes, pertinet: quomodo poterit alterum ejus membrum à rebus certis & speciebus removeri? quomodo per illa verba *de cæteris rebus in d.l.fin. de tritic. condict.* intelligentur tam certæ species, quàm genera, quo ad alterum regulæ membrum; non autem, quo ad reliquum, in quo præcipitur de eo, si obligationi dies
99 non sit insertus?† Secundò pro hac sententia facit *l. fundum 28. vers. deniq; meliore vel deteriore, &c. ff. de novat.* Fundum Cornelianum, & ita certum corpus, seu certam speciem eram stipulatus: postea non animo novandi, sed ut eò certior essem, quanti esset, stipulor: Si ex prima stipulatione petâ fundum, qui sine culpâ promissoris erat deterior vel melior factus; at dari nequeat, ut ita judicis sententiâ deveniendum sit ad æstimationem: quæritur, cujus temporis ratio circa æstimationem spectari debeat? Respondet mihi Papinianus, *meliore vel deteriore facto sine culpâ debitoris postea* (quàm contractum erat) *fundo, præsens æstimatio fundo petito rectè cõsideretur*: præsens scil. quæ nũc est, dum petis, h.e. litẽ contestaris. *l. amplius. §. 1. ff. rem.*

rat.

rat. hab. Dd. ad d. l. vinum. ff. de reb. cred. Si verò ex altera, inquit Papin. *agetur stipulatione, ea æstimatio veniet, quæ secundæ stipulationis tempore fuit: quia hæc ipsa tum temporis erat in stipulationem tantùm deducta.* Ergo ex hoc loco illud efficitur, quod volumus: si res etiam corporea, & specialis sive certa ex stipulatione petatur, quæ dari nequit; vel contumacia subtrectetur, ita ut oporteat rem in æstimationem condemnari, tempus litis contestatæ considerandum esse, si aliud specialiter tempus non convenit. † Addatur *dict. l. pen. ff. de tritic. condict.* ubi initiò quæstio generalis proponitur: si quæratur, res quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat? Respondetur generaliter autoritate Servii, *verius esse, &c.* ut ita appareat non posse per subsequentia exempla declarandi causâ subjecta generalitatem & quæstionis & responsionis, sive regulæ restringi, & ad angustiores terminos cogi. † Sed nec verba *leg. fin. ff. eod.* pa- 100 101
tiuntur: *Si merx aliqua*, inquit Gajus, *quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, &c.* † Mercem 102
appellamus rem omnem mobilem, solo homine excepto, mercandi, negotiandi, nundinandique causâ comparatam: sive ea genere consistat, ut vinum, oleum, frumentum; sive certo corpore, ejusque commercium exerceatur, tanquam speciei; ut est ebur, ferrum, chalybs, pardus, leopardus, equus, bos, scyphus, vestis serica, torques, candelabrum, pileus, pelvis, ut *ad leg. mercis 66. & l. mercis 207. de verborum significat.* videre est. Ergo nec finalia verba, *de cæteris*, aliam interpretationem recipiunt, quàm ac si dixisset: quæ de vino, oleo, frumento, exempli causâ tradidi, ea quoque de cæteris mercibus intelligenda sunt: non de cæteris ejus-

dem generis rebus, sed de cæteris cujuscunque ge-
103 neris mercibus. † Non ergo obstat, quod primò objiciebatur: quia generalitatem regulæ exempla non restringunt. Nec propterea ille intellectus cōcedendus est, ac si non videatur alia *dict. l. pen. de tritic. cond.* conciliatio *cum d. l. fin. eod. & d. l. vinum.* quia aliæ longè meliores fortasse conciliationes dari possunt.
104 † Nam interpretum multi sunt, ut Zas. Castrens. Jason. & ipse fortasse Bart. qui distinguunt inter terminum ex quo, & terminum ad quem: *& dict. l. vinum. ff. de reb. cred. dict. l. fin. ff. de tritic. cond.* agere de termino ex quo incipere debeat rei petitæ æstimatio: at *dict. l. pen.* agere de termino ad quem, & quousque attendi debeat, nempe donec res judicetur, aut res petita intereat quanti plurimi interim fuerit, per *l. ne ad exiguum. in d. l. pen. ff. de triti. cond. l. 8. §. 1. ff. de condict. furt. l. pen. ff. rer. amota.* Circa terminum ex quo, differentiam esse inter bonæ fidei & stricti juris actiones, *juxta d. l. 3. §. in hac. ff. commod.* non autem, quo ad ter-
105 minum, ad quem. † Si cui hoc non arridet, dicā quid mihi videatur. Ex suprà cit. locis *l. 2. l. 4. ff. de eo quod cert. loc. l. 36. ff. de jureju. l. 56. ff. de re jud. l. 1. l. 3. l. 5. l. 7. l. 11. leg. 14. l. 16. l. 18. ff. de const. pecun. l. 11. ff. de nova. l. 8. ff. de condict. furt.* patet, in eo libro XXVII. ad edictū, egisse Ulpianum de stricti juris actionib. ex stipulatu, ex confesso, ex furto, ex constitutâ pecuniâ: & docuisse, has sæpè fieri arbitrarias, præsertim si de re incertæ æstimationis instituatur condictio triticaria, *l. 1. ff. de tritic. condict.* Quæ ergo hujus condictionis (quæ eadem specie est, cum incerti condictione, *ut ex d. l. 1. ff. de tritic. condict. & l. certi 9. ff. de reb. cred.* apparet) natura sit, & quid in ea, sicut in qualibet aliâ arbitrariâ obtinere debeat, exposuit: nempe si ex loci adjectione &

morâ

moâ promissoris, *juxta l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. & c. ff. de eo, quod certo loc.* fiat arbitraria, tum ita loci considerationem de quo etiam *in leg. fin. ff. de tritic. condict.* inspici, ut simul etiam temporis litis contestatæ non solùm, sed & judicati & interitus rei rationem habeat judex: atque ita ex loco & isto tempore simul constet, quâti reus condemnandus sit. Nam usque ad sententiam, vel mortem rei debitæ, potest vel creditoris vel debitoris interesse, ut potiùs in loco convento, quàm judicii accepti solvatur, aut non solvatur. *per l. 2. §. nunc de officio. l. seq. l. 4. in princ. & §. 1. l. fin. vers. ne ea pecunia, quæ ex sententia judicis accedere potest: ff. de eo, quod cert. loc.* Cùm itaque d. libro XXVII. ad edictum Ulpianus, ut est *in d. l. 4. §. 1. ff. de eo quod cert. loc.* de rei absolutione respondisset: *Interdum*, inquiens, *judex, qui ex hac actione cognoscit, cùm sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exactâ, de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est: quid enim si ibi oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? in summa, æquitatem ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est:* Fortasse subjecit: *interdum & condemnari reum: & tum in hac actione si quæratur, res, quæ petita, &c.* ut ita *d. l. 3. ff. de triti. actio.* sit pars *d. l. 4. ff. de eo quod cert. loc.* Quod ideo probabilius videtur: quia utroq; loco de judicis officio tractatur: utroq; loco, quod cognatum videri potest, invenitur. Quâ admissâ interpretatione, facilis est conciliatio *d. l. pen. cũ d. l. ult. & d. l. vinum.* quia regula de die & petitionis tẽpore procedit omnino, quo ad ipsius rei æstimationem, & quatenus actio non consideratur, tanquam arbitraria: si verò ex neglectâ debito loco faciendâ solutione arbitraria effecta sit, & aliquid amplius interfit, ratione interitus, curæ, vel similium re-

rum; utique ad arbitrium judicis pertinebit, hujus etiam rationem habere usq; ad sententiam, vel rei interitum. Nec omnino malè videbuntur illi exposuisse, qui *dict. l. pen.* intellexerunt, non de æstimatione rei, & quòd tanquam æstimatio erat ad dicendum, sed de æstimatione accessionum, & ejus quod
106 interest. † De condictione furtiva *ex dict. l. in re §. §. 1. & actione remotarum ex dict. l. penult. ff. rer. amot.* quod affertur, specialem habet rationem. Etenim intelligitur *dict. l. vinum. dict. l. penultim. & ult. ff. de tritic. cond. dict. l. si Kalendis 11. ff. de re judic.* & reliqui textus, si quid dari fierive debeat, & hactenus usque dum lis contestatur, bonæfidei est possessor, qui dare facere debet: secus si sit malæfidei possessor, & quidem odiosus, cujusmodi fur est, & res conjugis amovens & violentus invasor, & prædo, & si qui sunt alii. Hi enim non solùm statim ipsa detentione moram committunt, sed quo diutius retinent, eo magis magisque peccant, & cum alterius detrimento locupletiores fieri incipiunt. Quamobrem æquissimum est, ut quam fabam in alterius caput cudere conabantur, ipsi sustineant, omneque statim periculum subeant, quàm unquam fuit res plurimi, ex die delicti commissi: ne vel pares sint vel meliores conditione iis, qui sine alio delicto solam contraxerunt moram. Neque magis illi textus possunt restringi ad certa corpora, seu res individuas, quæ ut species tractantur, quàm *dict. l. penultim. ff. de tritic. condictio. & l. tertia §. in hac. ff. commod.* † Et-
107 enim non solùm amoventur & furto surripiuntur res corporeæ, quæ corpore seu specie funguntur, & ut species deberi solent: sed etiam, quæ numero, pondere & mensurâ constant; puta vinum,

ole-

oleum, butyrum, frumentum, carnes, & si quæ sunt alia: ut non solùm experientia, sed & textus juris, *l. eum qui 14. §. qualis ergo. l. seq. l. in actione 19. §. signati. l. vulgaris 21. in princip. & §. 1. §. sed & si quis l. falsus 43. in princ. l. si quis 52. §. si quis de manu. §. cum Titio. ff. de furt.* docent. Nec ad rem facit: quod *in dict. leg. in re 8. ff. de condit. furt.* dicitur, *in re furtiva ipsorum corporum condictionem competere.* Non enim propterea ab hac condictione repelluntur nummi, vinum, oleum; & si quæ alia in quantitate existentia: ut patet *per l. quoniam 18. ff. de cõdict. furt. l. 3. §. item verum est.* Unde corporum significatio, non strictè *in dict. leg. in re 8.* sed pro qualibet re mobili sumitur, uti etiam *in l. 7. §. furti actio. de condict. furt.* res vocatur: & opponitur pœnæ dupli ac quadrupli, non generi: ut sensus sit, hac condictione nõ peti pœnam dupli vel quadrupli ejus, quod surreptum est, sed tantummodo ipsam rem, qualis qualis illa tandem sit. *dict. l. 7. §. 1. dict. l. quoniam 18. ff. de condict. furt. gloss. ad l. rogasti. §. fin. & duab. legib. seqq. ff. de reb. cred. si cert. ibid. Jason, & alii.* † Quod *ad dict. l. hominem 37. ff.* 108
mand. attinet; omnes fatentur, hominis æstimationem illam ab initio fuisse in istâ obligatione tãtam, quanta erat, cùm solveretur pro reo principali: Et ita cum hoc nostro axiomate nihil commune habere. Quam quarto loco diversitatis rationem adferunt, adeò infirmam esse puto, ut me etiam tacente seipsam refutet. † Nam non solùm ex copiâ & in- 109
opiâ, locorum diversitate, crescunt & decrescunt pretia vini, frumenti, olei, casei, butyri, sed etiam equorum, boum, unionum, mancipiorum, camelorum, suum, vestimentorum, doliorum, pelvium, librorum, forcipum, &c. Ideoq; *in l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* JCtus non asserit, solummodo facilè mutari pre-

tia rerum functionem in genere suo recipientiũ: sed generaliter, primùm dicit: *pretia rerum per singulas civitates regionesq; varia esse*: & pòst amplificando, subjicit: *maximè vini, olei, frumenti*: quasi dicat, tum omnium, tum etiam vini, olei, &c. Et *in l. in lege 62. ff. ad L. Falcid.* Ulpianus: *Corpora*, inquit, *si qua sunt in bonis defuncti, secundùm rei veritatem æstimanda erunt*, hoc est, secundùm præsens pretium: *nec quicquam eorum formali pretio æstimandum esse sciendum est.* Hoc sanè non asseruisset, si corporum non æquè instabilis & mutabilis esset ex tempore & loco æstimatio, sicuti est, rerum in genere consistentium, vini, olei, frumenti. Ideoque etiam Paulus *in leg. pretia rerum 63. ff. eodem.* illam regulam, *pretia rerum non ex effectu nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*, statim exemplo hominis, & ita certæ rei declarat, & interpretatur, ut ostendat, ad utrumque rerum genus spectare, & ad vinum, oleum, frumentum; & ad certa corpora, ut est vas, poculum, Stichus, fundus Cornelianus. Sublatâ igitur diversitatis ratione, prætensam quoque diversitatem, quæ inde colligi volebat, sublatam
110 esse oportet. †. De disputatione Donelli quidem hîc nihil constitui dicere: nisi quòd nullum invenio textum, quo hoc, quod vult, probari possit: nec rationem video satis firmam. Deinde, si tantùm illud vinum, quod litis contestatæ esset in rerum naturâ, deberetur, certè aliud etiam antea existens, vel postea natum & coactum æquè bonum, uti fuit vinum mutuo acceptum, solvi creditori non posset: ob id quòd aliud pro alio invito creditori non liceret solvere: Atqui hoc est contra *l. 2. §. 1. & l. 3. ibi Zas. & alii interpp. ff. de reb. cred. si cert.* neque omnia judicia hac in parte essent absolutoria, contrà quàm est cautum *in*

§. fin.

§. fin. Inst. de perpet. & tempor. actio. Quod si nullius alterius temporis, quàm litis contestatę, vinum deberetur, ne quidem vinum liceret ante litem cõtestatam offerre, deponere, consignare, & ita invito solvere: sed semper debitor cogeretur expectare tempus litis contestatæ, ut ex eo intelligeret, utrum hoc vel aliud vinum debeat. Imò verò, sive genus promissum sit, sive species, sive quantitas frumẽti aliqua, si pura est promissio, statim nata erit obligatio, & quidem ita nata, ut statim agi. *l. cedere diem, de verb. signific. §. omnis. Instit. h. tit.* & statim etiam invito solvi possit. *dict. §. omnis. ibi Dd. l. in omnibus 14. ubi Dd. de regul. juris. Donell. ad l. eum qui 41. §. ult. num. 47. vers. omnes enim concedunt. h. t.* Quod si dies adjectus obligationi fuerit, aut ex ipsa re dilatio insit; totum medium tempus cedit solutioni & commodo debitoris, ut quidem exigi ab eo nequeat invito, sponte tamen solvere possit, & nisi recipiatur, deponat, atque ita se liberet. *dict. §. omnis. vers. quia totus. Inst. h. tit. l. eum qui 41. §. fin. ibi Donell. num. 46. 47. l. stipulatio ista 38. §. inter. l. continuus 137. §. cùm ita. h. titul. l. quod certa. ff. de solution. l. cùm tempus 17. ibi Dec. & Cagnol. ff. de regul. juris. l. obsignatione. Cod. de solutio.* quam communem fatetur Donel. *ad d. l. eum qui 41. §. fin. nu. 47. & 48.* ubi etiam ex neotericis quosdam *propter l. si soluturus. ff. de solutio.* dissentientes optimè refutat. Itaque aut verum esse nequit, nullius alterius temporis vel antecedentis vel consequentis, quàm solius litis contestatæ vinum, vel oleum, deberi: aut oportet regulam falsam esse, vel hoc in casu limitatã, quæ præcipit ut invito aliud pro alio non solvatur. At neutrum probandum est: cùm illud primum claris resistat textibus: hoc posterius, cautum non reperiatur: & ideo regulę standum. Est deinde litis cõ-

testatio quasi quædam novatio. *l.aliam.ff.de novation.* cùm sit contractus quidam, & nova obligatio, *argu. l.injuriarum 28. ff.de injur.ibi Dd. l.inter stipulantem 83.§.1. h.tit.ibi Dd.l.pœnalia 164.ff.de regul.jur.* Novatio autem præsupponit aliquam obligationē & rem debitam. *l.1.l.2.ff.de novation.* obligationis verò substantia nulla est, nisi in eo, ut quid detur vel fiat vel præstetur. *l.3. ff.de obligat.& action.* Quare si de vino, de oleo, de frumento purè promisso lis contestari potest, ut potest, *dict.l.vinum. ff.de reb.cred. si cert.dict.l.ult. ff.de tritic.condict.* necesse erit, ut jam antecedētis temporis vinum quoddam, vel oleum, vel frumentum sit debitum, ut obligationis substantia consistat, quæ hoc modo novatur, & quæ per litis contestationem in judicium deducitur; cùm nemo possit sine actione agere, nec id in judicium deducere, quod debitum non est. Hæc & multa alia me eò pertrahunt, ut hac in parte nequeam credere, nullius alterius temporis vinum deberi, quàm solius litis contestatæ: nec fas esse arbitror, hîc sine lege vel loqui vel distinguere inter res certas, seu corpora, & res in quantitate consistentes: cùm regulæ *in dict.l.eum qui 41.in princ.§.1. & fin.d.l.stipulatio ista.§.inter.d.l.continuus 137.§.cùm ita.h.titu.l.quòd certa.ff.de solutio.dict.l.cùm tempus. d.§.omnis.* earumque declarationes sint generales. Itaque etiam ejus con-
III sequentiam largiri nequeo. † Restat porrò quæstio inter communem Dd. scholam, quam Cujac. *ad l.59. h.tit.* sequitur, & Donellum *ad dict.l. vinum. ff. de rebus cred.& d.l.59.h.tit.& ad l.penult.& ult. ff.de tritic.condict.* agitata: utrum hæc nostra conclusio tantùm pertineat ad stricti juris actiones, an verò etiam ad bonæ fidei judicia? Et ad stricti juris actiones spectare, inter omnes convenit, tùm propter Rubricas, sub quo inve-

inveniuntur, tum quòd in specie de contractibus strictis. *d.l.59.& l.seq.h.tit.& d.l.vinum.* sunt conceptæ: & denique propter *l.3.§.in hac.ff.commod.l.fin.ff.de tritic.condict. dict.l.si Kalendis 11.ff.de re judic.* Atqui utrum ad bonæfidei quoque sit accommodanda, maximè controversum faciat Donellus, qui vult axioma esse generale ad omnem omnino personalem actionem spectans, sive sit bonæfidei sive stricti juris: Bartol. Bald. Castrens. Alexand. Jason, Zasius, Alciatus, Cujacius, & in summa communiter Dd. propè omnes statuunt, ad bonæfidei actiones propter exuberantem fidem *juxta §.in bonæfidei.Institut.de actio.* non pertinere. Sed cùm hæc quæstio hujus loci propriè non sit, ut pleraque etiam alia, lubens prætereo: sicut etiam quarūdam legum & objectionum dissolutiones; quippe video satis dextrè esse ab aliis dissolutas.

VII. CONCLUSIO.

ETsi † in qualibet obligatione, licet dies certus 112
sit insertus, mora celeri satisfactione ante litem contestatam purgari possit, ut non omne, quod interest, omnéq; damnum promissor sustineat; si tamen sub pœnæ conditione certo die quid dari fierive promissum fuerit, adcò dicetur ob moram pœna commissa per diei præteritionem, ut nullo modo ab ejus exactione per purgationem vel termini prorogationem postea factam liberetur.

Prioris illius membri firmitas apparet *ex l.si insulam. & ibi Dd. leg.si fundum 114. l.qui Romæ 122. §.Flavius. h.tit. l.si cùm dies.§.ult. de recept. arbitr.* Posterioris *ex l. magnam.Cod.h.tit.l.trajectitia.ff.de act.& oblig.l.Celsus.de*

recept.arbitr.l.cùm stipulatus 113. l.ad diem 77.h.titu. Mynſ. obſervat. 95. cent. 3. Quibus adde Hippoly.de Marſil. *ſingul.341.* Sed cùm hoc axioma ſatis à me diſcuſſum ſciam *ad l.12.§.1. axiom.3. ff.de verbor.ſignific* hîc actum agere nolo.

VIII. CONCLUSIO.

113 *FRuctus † in neutram actionem veniunt, niſi à lite conteſtata, modò res petatur, quæ actoris eſt vel fuit.*

Coſtalius ad l.cùm fundus. ff.de reb.cred.ſi cert.pet.per illum text.& l.videamus 38.ff.de uſur.juncta l.ſi filiusfam.78.

114 *§.fin.h.tit.l.3.§.ſi emptor.ff.de action.empt.* † Sunt enim actiones ſtricti juris, nec plus complectuntur, quàm in ſtipulationem nominatim deductum eſt; *dict.l. quicquid 99. d. l.ſi ſervum 91.h.tit.* niſi ex accidenti fiant arbitrariæ, *dict.l.pen.ff.de tritic.condict.d.l.2.l.3.l.4.& tot.*

115 *tit. ff.de eo quod cert.loc.* † Et tale dari unumquodque debet, quale jure petitum eſt, *l.2.ff.de uſur.* at res dari, fieríve quid, petebatur, non etiam, ut fructus præſta-

116 rétur. † Neq; verò mora nocet in eo, quod debetur, ut faciat deberi aliquid amplius, quod aliâs non deberetur: ſed ne deſinat deberi, quod debitũ eſt, quãvis poſtea perierit: & deinde, ut rei debitæ accedat id, quod creditoris fuiſſet, ſi mora non eſſet facta, pro naturâ cujusq; negotii & actionis, ſi ea id efflagitet ob id, quòd doli mali præſtatio vel bona fides ei inſit. *l.hoc jure 152.§.fin.ff.de reg.jur.* vel ex accidenti arbitraria reddita. *§.præterea.ibi nota. Inſtit. de actionib. l.plus*

117 *eſt.ibi nota.ff.de verb.ſignif.* † Neq; faceſſit negotium *l. ſi fundum 114.h.t.* ubi reſpondetur, conſequi me ex ſtipulatu quanti interſit mea, moram factam non eſſe.

Non

Non illud de fructibus est intelligẽdum, sed simpliciter, de rei æstimatione & damno: ut ibid. Dd. † At 118
dixeris, in condictionem indebiti, sine causâ, & similes actiones rei persecutorias fructus veniunt. *d.l. videamus 38. ff. de usur. l. si non sortem 26. §. libertus. vers. & interdum. ff. de condict. indeb. l. uxori 27. ff. de usufr. lega. l. qui fe. ff. de condict. cauſ. da.* tametsi usuræ non veniant. *l. 1. ibi Dd. C. de condict. indeb.* Parata est diversitatis causa: Quod his condictionibus repetimus, est res quæ aliquando nostra fuit, & nobis iniquè abest. *§. 2. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.* Quod multò magis procedit in cõdictione furtivâ: quippe rem nostram odio furis condicimus, qui ex suo delicto nullo modo locupletari debet. *§. ſic itaque. Inſt. de actio. d. l. 7. l. 8. ff. de cõdict. furt.* † Rursum quis objecerit *l. 4. ff. de uſur.* ubi 119
asseritur, si fundum stipulatus sim, fructus deberi: cùm tamen *in dict. leg. 3. §. ſi emptor. ff. de actionib. empt.* contrarium statuatur. Magis est, ut verba, *poſtea captos*, cum Petro Costalio de fructibus post litem cõtestatam perceptis interpretemur, aut verba, *propter inferiora verba*, intelligamus de stipulatione *rem rectè præſtari?* ut *ad l. 73. de verb. ſign.* annotatũ est; aut deniq; distinguamus, an fundum stipulatus sim, *dari vel tradi* simpliciter: an verò *reſtitui*: quia fundus ille, vel meus est, vel meus fuit; ut si vel pignori obligassem, aut commodassem, locasvémve, vel indebitum solvissem promissori, à quo in certum vel incertum casum restitui stipulatus essem. Nam ex his causis posse me rem meã stipulari, nulla dubitatio est. Priore itaq; casu fructus post litem contestatam non debentur. Nihil enim meum est ante traditionem, de quo possim affirmare aliquid è re mea apud adversarium superesse. At posteriore casu, fructus præsta-

buntur: in quam sententiam facit *dict. l. videamus 38. ff. de usur.*

IX. CONCLUSIO.

120 *Sed † nec usuræ debentur, nisi promissæ. l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. l. 3. Cod. de usur. ibid. Costal. & ad l. videamus 38. ff. de usur. Coras. Miscellan. cap. 7.*

121 *lib. 2.* † Et quamvis sint, ut apud Costal. *in dict. l. 3. & l. videamus. ff. de usur.* Johan. Coras. *dict. cap. 7. lib. 2. Miscel.* Forcatul. *part. 2. num. 24.* de mora videre est, qui *per l. cùm fundus 31. ff. de reb. cred. si cert. pet. a. l. lite. ff. de usur.* obtineri posse crediderunt, etiam ex strictis actionibus officio judicis usuras incipere deberi à litis contestatione: quia & ex judicati causâ currunt indistinctè. *l. 1. & tot. tit. Cod. de usur. & fruct. rei judic.* verius tamen est, & frequentius placuit, ne quidem post litem contestatam usuras incipere ex strictis actionibus currere, *per l. Titius 24. ff. de præscr. ver. d. l. 3. C. de usur. Duaren. cap. 2. de usur. Cujac. ad l. 9. h. tit.* Neque alia est *d. l. lite.* sententia: quàm quòd usurarum cursus non sistatur per litis contestationem: quod etiam corroboratur *in l. aliam 29. ff. de novation.* Dubium quidem faciebat, quòd litis contestatio est quædam seu quasi novatio: at per novationem inchoatarum usurarum cursus sistitur. Sed non idem esse in litis contestatione, quod in novatione, quę fit per stipulationem, *in d. l. lite.* significatur: ideoque usuras inchoatas etiam pergere deberi post litem contestatam. Præsupponit ergo JCtus *in dict. l. lite.* talem casum, ubi usuræ vel ex promissione, vel morâ debentur, & currunt antequam lis contestetur: Minimè verò hoc vult, ex quâ causâ non debebantur usuræ ante litem contestatam, ex eâ incipere deberi, ex quo lis contestata fuerit.

fuerit. Sic nihil virium est *in d.l.cùm fundus.* quia non agit de usuris, sed fructibus. † Et licet usuræ vicem 122
fructuum sustineant, *l.usuræ. ff. de usur.* reverâ tamen & propriè fructus non sunt, cùm ex ipsa re non progenerentur, *l.si navis. ff. de rei vend.* multisque casibus ex justâ causâ non debentur usuræ, quibus tamen fructus præstandi: ut in condictione indebiti & sine culpa. *l.1.C. de condict.indeb.*

X. CONCLUSIO.

ETsi † mora rei principalis fidejussoris obligationem perpetuat: non tamen auget, ut in usuras, vel id, quod postea accessit, aut interest, condemnetur, nisi in omnem causam fidejussisset. 123

Prioris membri probatio parata est *ex d.l. qui servũ 91. §. nunc videamus. & ibi Dd. l. cùm filius famil. 49. in princ. & §. 1. ibid. Dd. & præsertim utroque loco Donellus l. mora 88. & ibi interpp. h. tit. l. si à colono. §. 1. ff. de fidejussorib.* † Etsi 124
enim mora fidejussoris nõ nocet reo principali moram non facienti, quia interpellatus non sit: quin liberetur ipso jure, si mox antequam interpelletur, res debita pereat: *arg. l. mora. §. fin. ff. de usur.* si tamẽ reus principalis moram feciisset, noceret fidejussori: ut cùm per interitum jam non liberaretur reus, nec fidejussor liberatus sit, nisi ipsemet obtulisset quoq;, & ita actorem in morâ cõstituisset. *d.l. mora 88. d.l. servum 91. §. nũc videamus. d.l. cùm filius f. 49. in prin. h.t.* Nam cùm principali obligationi accedat, nullo suo jure proprio uti videtur, sed ejus tantùm, pro quo intercessit. Quod & in patre filiifam. nomine de peculio obligato affirmandum est *ex d.l. cùm filius fam. 49. h.t.*

Proinde in totam causam intervenit, eamq; fide sua esse voluit fidejussor. Ideoq; lex conventionis eum subjicit huic periculo, ut moram faciente reo, & ipse maneat obligatus. *d.l. si servum 91. §. nunc videamus.* Et
125 hoc expeditum est. † Alterum hujus conclusionis membrum patet *ex l. centum Capuæ. ubi post gloss. Bart. Castrens. Jason, Costal. ff. de eo quod cert. loc. leg. fidejussores magistratuum. §. 1. l. fi. ff. de fidejussorib. Johan. Coras. Miscellan. lib. 2. c. 12. Hippolyt. de Marsil. in tracta. de fidejussorib. nu. 91. & seqq. per l. libertus. §. fin. ff. ad Municipal. l. 1. ff. de in lit. juran. l. per retentionem 4. l. pignoribus 22. C. de usur. & in omnibus istis locis gloss. l. quaro 54. & ibi Bartol. post gloss. ff. loca. l. 2. §. fin. l. seq. ibid. gloss. Bartol. Jas. ff. qui satisda. cogun. l. initio. C. de pact. int. empt. & vend. l. 2. §. pen. ff. de administr. rer. ad civit. pertin. Johan. Andr. in addit. ad Specula. de fidejus.*
126 *§. 1. in fin.* † Sic si quis fidejussisset, pro alio se soluturum, quod debeat ei Titius: vel se fide sua jubere id, quod tali instrumento comprehensum est; Quod si postea ille Titius vigore statuti vel consuetudinis in aliquam pœnam moræ intuitu, vel quòd aliquid in judicio negavit, vel fecit, quod facere vel negare nō oportuit, incidat, de ea non tenebitur fidejussor.
127 *Hippolyt. de Marsil. d. num. 91.* † Sic si quis fidejussit pro emptore de precio solvendo certa die vel certo loco: moram faciente reo, non tenebitur fidejussor ultra precii summam, nisi ipsemet quoque in morâ sit: tum ex suâ morâ quanti actoris interest, tenebitur. *d. l. centum Capuæ. ff. de eo, quod cert. loc.* Etsi enim rei principalis mora perpetuat fidejussoris obligationē antè contractam, novam tamen non introducit, & de novâ aliquâ re quæ promissa non est; cùm sit stricti juris; etiamsi bonæfidei judicio accesserit, ut suprà probatum: nec ideo quicquā ultra id, quod nomina-

minatim comprehensum est, debeatur, *l. quicquid 99. h. tit. Johan. And. ad Specula. in d. §. 1. ad fin. Hippoly. de Marsil. dict. tract. de fidejuss. nu. 92. per l. damni 18. §. si is qui unas. ff. de damn. infect.* † Creditur autem huic adversari 128
dict. l. quæro. ff. locat. ubi fidejussor conductionis erat assumtus: postea verò reus principalis moram faciebat non solvens pensionem: quæritur apud Paulum, utrum fidejussor conductionis, etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur: nec ei prodesse debeant Impp. constitutiones, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo, non etiam usurarum ob moram crescentium damnum agnoscere oportere? Respondet Paulus, *si in omnem causam conductionis etiam fidejussor se obligavit*, cum quoq; exēplo coloni tardiùs illatarum per moram pensionum, præstare debere usuras. Hoc loco moventur pleriq;, ut credant Paulum velle, fidejussorem non solùm in sortem, sed & usuras teneri indistinctè: Alii inter bonæfidei & stricti juris judicia distinguunt, ac si *dict. l. centum Capuæ.* procedat tantùm in strictis & arbitrariis, sed *dict. l. quæro.* in bonæfidei judiciis. Rationem, ut ita credant, eliciunt ex vocis, *Si in omnem causam*, &c. expositione, dum, *Si*, interpretantur pro, *quia*: in qua significatione inveniri *in leg. qui Romæ. §. Agerius. §. Seja. hoc titul. & in l. 4. ff. de in lit. jurand. l. Titium 47. §. à matre datus. vers. si manent. ff. de administrat. tutor.* suprà quoque dictum est. Etenim hanc decisionis rationem esse existimant, quòd qui simpliciter fidejubet, certâ summâ vel re, non expressâ; vel certè si bonæfidei sit contractus, videatur in omnem causam fidejussisse. Deinde moventur ex eo, quod Paulus ait, *exemplo coloni præstare usuras*: Atqui certum est, colonum post moram

teneri ad usuras, non quidem ipsa promissione & obligationis necessitate; sed officio judicis secúdùm ejus actionis naturam, cui inservit: uti ex seq. *ff. usuræ enim in bonæfidei. in dict. l. quæro 54. ff. loca.* colligi autumant. Exemplo igitur coloni, fidejussor quoque ad usuras tenebitur, non quidē ipso jure & vinculo obligationis, sed officio judicis & per interpretationē ex æquo & bono. Atq; ita arbitrantur, infirmari rationem à naturâ stipulationis strictâ illatam. In eandem sententiam facere contendunt *l. si ab uno 17. ff. ut legato. seu fideicomm. servan. cauf. cavea:* ubi idem Paulus asserit, si ab uno coheredum eodem legato gravatorum fidejussor datus sit, & postea pars unius vel omnium coheredum accrescat huic, qui fidejussorem dedit, tum in solidum legatum hunc fidejussorem teneri: licet ab initio videatur in partem legati fidejussisse. Urgent quoque *l. amissi 52. §. fidejussores. ff. de fidejussor.* ubi Papinian. *Fidejussores,* inquit, *à colonis datos, etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri convenit,*
129 *cùm ea quoq; species locationis vinculum ad se trahat.*† Dotes autem prædiorum sunt ἐπίνγα, h. e. impositiones, autore Alciato *lib. 2. prætermiss. ex l. 2. §. 1. l. Sejæ 20. §. prædia ut instructa. ff. de fund. instrum. instruct. lega.* cujusmodi sunt stercora, stramina, gramina, boves arantes, aratra, ligones, corbes, pedamenta, vimina, stabula, casæ, rastra, servi fundo destinati, dolia, prælum, trapetum, & si quæ ejus generis alia, *dict. l. 2. §. 1. dict. leg. Sejæ 20. §. prædia ut instructa. l. in instrumento 8. per tot. ff. eod. l. sed addes 19. §. illud nobis. ff. loca. Varro libr. 4. de*
130 *re rustic.*† Hinc Ludovic. Roman. *in singular. suo. incip. quæro an id. & incip. an fidejussor intercedens.* asseruit, si quis pro scholari domum conducente fidejussisset, hunc non solùm obligatum esse pensionis nomi-

ne,

ne, verumetiam pro devastatione masariciarũ, hoc est, supellectilium, & reliquarum rerum ad usum ædium pertinentium, ut sunt fenestræ, parietes, fornaces, lecti, spondæ, scamna, &c. quæ scholares nequam sæpè vel corrumpunt, vel deformant, putantes hoc sibi licere: quia pensionem solvant, cùm minimè id eis liceat: neque solùm ipsi, sed fidejussores etiam eorum teneantur, quanti interfit. *l. 2. ff. in quib. caus. pignor. vel hypothecæ. Hippolyt. de Marsil. dict. num. 92.* ubi asserit inquilinum esse obligatum, nedum pro pensione, sed etiam pro deterioratione domus conductæ: item invecta & illata æquè obligata esse. Idem eliciunt plerique *ex l. 2. in fin. & l. 3. ff. qui satisda. cogun.* ubi traditur, eũ, qui judicio sisti promisit, teneri non in id, quod veritatem continet, sed quãtum reverâ in judicium deductum est, nisi in certam quantitatem fidejussisset: adeò ut si actio furti in duplum vel quadruplum sit, vel vi bonorum raptorum: fidejussor etiam tanti sit obligatus. Adferunt quoque in medium *l. si quis pro eo 56. §. si nummos alienos. ff. de fidejusso.* ubi traditur, fidejussorem non obligari, qui acceptus est in eam pecuniam mutuo datam, cujus creditor dominus non erat; nisi secutâ consumptione: quia videtur in omnem causam acceptus, quæ ex ea numeratione nasci potest. Firmius obstaculum credunt occurrere *in leg. si postea 10. ff. rem pupilli salvam fore.* ubi Africanus tradit, fidejussorem tutoris rem pupilli salvam fore promittentis teneri non solùm de eo, quod est durante tutela, & tempore promissionis: sed etiam, quod postea ex morâ tutoris interest pupilli; item fructuum & usurarum nomine. † Sanè propter prædicta loca, septem 131
propè opiniones circa hanc quæstionem natæ sunt,

quas repetere licet ex gloss. Bartol. & Castrens. *ad dict. l. centum Capuæ. & dict. l. quæro.* Et tametsi Jason *in dict. l. centum Capuæ. ibid.* Costal. & Coras. *dict. cap. 12. lib. 2. Miscellan.* affirment, communem esse opinionem, ut distinguatur inter bonæfidei & stricti juris actiones: ac si in illis non solùm ille, qui in omnem causam, sed etiã qui simpliciter, nullâ certâ summâ expressâ, vel demonstratâ, fidejussit, teneatur tam in usuras, accessiones, fructus, pœnas ex morâ vel facto rei nascentes, quàm in sortem: in his non item, nisi in omnem causam fidejussisset, vel ipsemet in morâ quoque fuisset *per dict. l. centum.* (quod posterius alii reprobant) potest hoc tamen dubium videri; cùm Hippoly. de Marsiliis *dict. tract. de fidejuss. num. 91. & seqq.* asserat, communem esse, quòd non teneatur fidejussor de accessionibus istis, pœnis & usuris postea emergentibus, nisi in omnem causam fidejussisset. Equidem in eo omnes conveniunt, sive bonæfidei, sive stricti juris sint contractus, pro quibus fidejusserunt, tum demum teneri in fructus accessiones & usuras ex morâ rei nascentes, si in omnem, seu universam causam, vel expressè vel tacitè, hoc est, ita fidejussissent, ut ex antecedentibus & consequentibus, ex naturâ negotii & circumstantiarum de hac voluntate fidejubentium constet, in omnem voluisse causam se esse obligatos: eaque sententia disertè confirmatur *per dict. l. quæro 54. ff. loca. d. l. fidejussores magistratuum. §. 1. l. fin. ff. de fidejuß. l. initio. Cod. de pact. l. 2. §. penult. ff. de administrat. rer. ad civit. pertin. dict. l. libertus. §. fin. ff. ad municipal.* Confirmatur idem per rationem *ex dict. l. quicquid 99. hoc tit.* & rursum *per l. fi stipulatus 76. §. 1. hoc tit.* † At controversia manet, de eo, qui pro aliquo simpliciter, hoc est, neque expressè

132

neque

neque relatè in certam quantitatem, vel in omnem causam interceſſit: utrum ille teneatur, tantùm de eo, quod obligationis jure debetur; an verò in omnem causam obligatus cenſeri debeat? Et hoc poſterius plerique aſſeruerunt; tum *per d. ſt. l. 2. §. fin. & l. ſeq. ff. qui ſatisdar. cogunt. dict. l. ſi poſtea 10. ff. rem pupilli ſalvam fore. dict. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos. ff. de fidejuſſ. dict. l. amiſſi. §. fidejuſſores. ff. eodem.* † Tum quòd ſimplex & indefinita oratio æquipollet univerſali. *l. ſi neceſſarias. §. ſi annua. ff. de pigner. actio. l. ſi pluribus. ff. de lega. 2.* 133
Ita quoque argumentantur *ex l. fidejuſſores magiſtratuum 68. §. 1. ff. de fidejuſſor.* Namque, ajunt, in illo reſponſo Paulus diſertè aſſerit, Thallum fidejuſſorem fiſco obligatum ideo non eſſe, de uſura ex mora rei promanante, quòd in certam ſummam fidejuſſiſſet, non in omnem cauſam. Ergo à ſenſu contrario; ſi in certam ſummam non, ſed ſimpliciter fidejuſſiſſet, utique in uſuras teneretur: quia in omnem cauſam interceſſiſſe videri poſſet. Alii hanc opinionem, ut nimis duram & apertè falſam in ſtrictis actionibus, profeſſi ſunt, cùm argumentum illud *ex d. l. fidejuſſores magiſtratuum. §. 1.* a ſenſu contrario, nec inde eliciatur rectè, nec par ſit ratio univerſæ cauſæ, & ſimplicis receptionis cauſæ. Etenim quòd indefinita quandoque univerſali æquipollent, neque perpetuum eſt, neque huc quadrat. † Locus eſt illi regulæ, 134
ſi ex re ſubjectâ, ex circumſtantiis & uſu loquentis ea mens appareat: aliâs ſecus: quia hæc regula non neceſſariò, ſed contingenter vera eſt. *cap. ut circa. ibi Dd. de elect. 6. Conſtantin. Rogeri. de interpp. jur. quæſt. 2. princip. num. 10. verſ. & debes ſcire. Bartol. ad l. ſi pluribus. ff. de lega. 3. per l. ſi ſervitus. ff. de ſervit. ruſtic. prædio. l. ſi ita relictum. ff. de lega. 2. l. 7. ff. de ſupellect. leg.* Quæ etiam ratio

est, cur huic non detur locus in odiosis & pœnalibus. *Constantin. Roger. dict. num. 10. & seq.* Sed in bonæfidei actionibus admitti posse credunt. Propterea, quòd his ipso jure insunt præstationes, quæ ob moram debentur, *l. 4. Cod. depos. l. mora. §. in bonæfidei. ff. de usur.*

135 † Alii addunt, imò si etiam actiones strictæ fiant arbitrariæ, teneri debere; quia tum sub bonæfidei actionibus cõtineri, ut alibi Cujacius dixit: vel certè pares esse bonæfidei actionibus, quo ad officium judi-

136 cis. *§. præterea. & ibi Dd. Instit. de actio.* † Verùm mihi videtur æquius melius esse cum Corasio asserere, sive sit bonæfidei, sive arbitraria, sive stricta actio, pro cujus causâ, hoc est, obligatione fidejussor interces-sit; nisi in omnem causam fidejussisset expresè, vel tacitè, ita ut haud obscúra illa mens ex negotii conditione, & usu appareat; in usuras, fructus, accessiones ob moram debitoris provenientes non teneri: quia simplex promissio nequit ultra simplicem obligationem præsentem quicquam comprehendere *per d. l. quicquid 99. d. l. si stipulatus 76. §. 1. h. t.* Nullibi enim aliquo textu aliqua distinctionum istarum approbata invenitur; sicuti ista in omnem causam & non omnem causam. Et cùm passim dicatur tum teneri, si in omnem causam fidejussisset: eo ipso è sensu cõtrario innuitur, si nõ in omnem causam interces-

137 set, de omni accessione non teneri. † At non solùm ille in omnem causam nõ fidejubet, qui certã quantitatem promittit, sed nec is, qui audens Titium 100. precii, centum mutui, vel locati nomine obligari, pro eo intercedens istam obligationem fide sua esse jubet. Non ergo etiam in omnem causam tenebitur, *argument. dict. l. si stipulatus 76. §. 1. hoc tit. dict. l.*

138 *quicquid 99.* † Nec admittitur, arbitrarias actiones, vel

sub

sub bonæfidei actionibus contineri, cùm sint & maneant nihilominus stricti juris; vel per omnia pares esse bonæfidei judiciis: cùm illud κατὰ τὶ tantummodo intelligatur, *ut in dict. §. præterea.* videre est. Eoque minùs isti audiri debent, qui fidejussores simpliciter promittentes ex arbitrariâ teneri causâ ad omnia contendunt, cùm nec in bonæfidei actionibus obtinere ostendatur. Nec quicquam allegatæ in contrarium leges faciunt. † Nam *ex dict. l. quæ-* 139
ro. ff. loca. palàm est, in illâ facti specie fidejussisse in omnem causam: nec audiendi, qui particulam *Si*, pro *quia* interpretantur, cùm id necessitas rei subjectæ, & conditio sermonis non exigat, ut in locis allegatis *ex l. 4. ff. de in lit. jurand. ex d. l. qui Romæ. §. Agerius. & §. Seja. dict. l. Titium 47. §. à matre.* Neque bona consequentia est, uno atque altero loco, propria & naturalis significatio ejus vocis negligitur: ergo etiam hîc negligitur: quia par ratio, par circumstantia, par mos loquentis non ostenditur. † Sic in altero, 140
quod ex *dict. l. quæro.* eliciunt, est manifestus elenchus falsæ interpretationis, cùm JCti verba in vers. *usura enim.* longè alio sensu proferantur; & cur exemplo coloni teneatur, non hæc ratio reddatur: quia officio judicis adstringatur: sed quòd fidejussit in omnẽ causam. Nam si quis stipuletur locator, *in omnem hanc causam fidejubes? hanc omnem causam? hanc totam locationem? hunc totum cõtractum fide tua esse jubes?* Perinde est, ac si dixisset, in quantũ illũ condemnari ex fide bonâ oportebit, tantum fide tua esse jubes? Nõ ergo inde probatur, simplicem intercessionem æquipollere universali: imò contrarium inde potiùs deducitur. † Nihil etiam facit *dict. l. si ab uno 17. ff. ut* 141
legator. servand. caus. cavea. Etenim juri accrescendi lo-

cus est in cohærede adeunte, cæteris deficientibus: Hinc est, ut ab initio hæc fidejussio perinde sit, ac si pro toto legato facta esset: quia eventus docet, eum totum legatum retrò debuisse: Quod ita est, nisi diserte in partem legati interceſſisset. Deinde hanc cautionis interpretationem elicit favor legatorum ac fideicommissorum, ne legatarius & fideicommissarius sub specie fidei in reliquo decipiatur. Præterea tum, cùm fidejussor dabatur, nisi heres caviſſet, legatarius in totius legati possessionem rei servandæ causâ mitti potuisset. Ut verò hanc immissionem averteret, fidejussorem dedit. Censetur ergo ab initio in solidum obligatus, quatenus ex eventu apparet, solidum heredis cavendis negotium gestum es-
142 se. † Quod *ad l. amissi. §. fidejussores. ff. de fidejusso.* attinet, patet *ex dict. l. 2. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. ex leg. videamus 11. §. item prospicere. l. si in lege 24. §. si domus. §. conductor. ff. loca. & similibus*, de dotibus prædiorum æquè, ut de ipso prædio custodiendo ac restituendo, ab initio obligationis contractæ conductorem teneri, uti locator ad præstandum eas obligatur. Itaq; dici nequit, ex post-facto augeri istam obligationē ob moram vel factum rei: Cùm ab initiò hæc ineſſet principali obligationi, in quam totam fidejussit
143 fidejussor. † Sic in facti specie *dict. l. 2. §. fin. & leg. seq.* non ex post-facto crescit illa pœna, & plus debetur: sed reverâ ea summa erat in actione, eaque petebatur, & in judicium deducebatur. Certa igitur demonstratione in illam veram quantitatem fidejussor interceſſerat, qui certam summam ejus actionis nomine non promittebat, *gloss. in dict. leg. 2. §. fin.*
144 *& leg. seq. ff. qui satisda. cog. l. fin. ff. de fidejuss.* † Sic in facti specie *l. si quis pro eo 56. §. si nummos. ff. de fidejuss.* nihil inve-

invenitur, quod sententiæ nostræ obest: quia etsi ab initio neque mutuum est, neque stipulatio, cùm tamen ex consumptione mutuum concilietur, jam perinde est, ac si retrò fuisset, *l. nam etsi 13. §. 1. ff. de reb. cred. si cert.* Et cùm hac mente interceſſisset, ut illa pecunia, quam statim mutuam fieri putabat, fide suâ esset; non potest dici, eum magis esse obligatum propter id, quod simpliciter, vel in omnem causam, aut in illam tantùm pecuniæ summam fijussisset. Neque illa verba, *in omnem enim causam*, &c. referuntur ad formam conventionis, sed ad voluntatem contrahentis, qui putabat se statim obligari: ergo multò magis voluit se obligatum ex evẽtu. Imò cur non obligetur, priusquam pecunia ista sit consumpta, ratio est, quia nequit fidejussor priùs teneri, quàm subsit obligatio principalis, *l. 6. §. fin. l. fidejussor 16. l. si à reo 70. ff. de fidejusso.* Sed nec illa obligatio augetur in illâ. *d. l. si quis pro eo 58. §. si nummos.* facti specie ex morâ & culpâ rei principalis: sed nascitur principaliter ex ipsâ re, quæ in fidejussoris stipulationem deducta erat: ut ita sit ista facti species extra nostræ disputationis scopum posita. † Ad *d. l. si post-* 145
ea 10 ff. rem pupilli salv. for. respondet Corasius, hoc favore pupillorum receptum esse. Mihi hoc videtur amplius: ab initio ista omnia fuisse in hac stipulatione, casumque hîc esse, ubi tacitè fidejussor censetur in omnem causam fidejussisse. Etenim hæc illius stipulationis natura est, ut in futurum promittat sine temporis definitione, rem pupilli salvam fore: quandocunque igitur post finitam tutelam, res salva non apparet in id, quanti interest, tam fructuũ, quàm usurarum nomine commissa videtur: *ut in l. 4. §. hanc stipulationem. §. generaliter. §. fin. l. cùm pupillus 9. l.*

cùm rem u.ff.rem pupill.salv.for.videre est. Hac ergo stipulatione fidejussoria, quæ futura tutoris facta & mores respicit, & finitâ demum tutelâ committitur, si id, quod ex tutela dari fieri oportet, non præstetur, *d.l.cùm rem u.ff.rem pupill. salv.for.* ipso actu & tractatu habito, omnem complectitur causam tutelæ: & in eam omnem sciens volens se obstringit fidejùssor. Cæterùm quin ex propriâ suâ mora teneatur, obscurum non est *ex d.l.centum Capua.dict.l.si servum 91.§. nunc videamus.dict. l. cùm filiusfam. 49.in princ.& ibi Do-*

146 *nell. dict. leg. mora 88. hoc titul.* † Quod omnino ita est in obligationibus dandi: at si pro eo fidejussit, qui quid facere, vel non facere promisit: facere, puta *insulam intra Kalendas fabricari?* non facere, *neq; per te neq; heredem tuum fieri, quò minus ire agere liceat?* Ex suâ morâ nullo modo fidejussor obligari potest, quia nec purgare rei principalis moram suo poterit facto: *dict.l.cum filiusfam.49.§.1.ibi Dd.h.t.* Itaq; si solus fidejussor impediat, ire agere; neque ipse fidejussor, neque reus principalis tenebitur: quippe etsi fide suâ jusserat, non fore, ut reus impediat ire agere: se tamen non esse impediturum, se non esse facturum, quo minus ire agere liceat, haudquaquam vel promisit, vel fide suâ recepit, *d. l. cùm filiusfam.49.§.1.h.t.*

XI. CONCLUSIO.

147 *UTraq; † actio est personalis & perpetua, competens stipulatori ejusq; heredibus adversus promissorem ejusq; heredes pro portione hereditaria, nisi individuum sit naturâ & jure id, quod debetur.*

§.1.Instit.h.tit.§.sequens.Instit.de actio.l.veteris.l. fin. C. h.t.l.2.

h.tit. l.2.l.3.l.4.l.stipulatio ista.l.stipulationes non 72.cum similibus.ff.h.t. §.1.2.3.Instit.de perpet. & tempor. action.l.unic.C.ut ab hered.& in hered. Sed cùm ista omnia sint declarata antè, ubi de heredibus tam stipulatoris quàm promissoris, de rebus & factis dividuis ac individuis disputabamus: supersedeo. † Hoc tantùm addo, cùm omnes actiones, quibus brevius vel longius tempus definitum non est, triginta annis finiantur: *l.2.l.3.l.4.l.competit 6.l.cùm notissimi 7.l.fin.C.de præscript.30.vel 40.annor.l.1.2.3.C. de annal. except. §.1.& 2.Instit. de perpet. & tempor. action.* nec alibi condictio certi & incerti ex stipulatu inveniatur breviore tẽpore concluſa: ideo concludendum esse, hanc utramque actionem esse perpetuam, hoc est, triginta durare annos, nec minore spacio præscribi, ut est *in consil.7.num.10.tom.4.varior.JCtorum German.Francofur.edit.per dict.l.sicut.d.l.si quis.§.1. C. de præscript.30.vel 40.anno.l.1.C.de except.Felin.in c.cùm accessissent in 13. col. vers.sed declaratur.ext.de constitut.* 148

QUIBUS MODIS STIPULATIO EJUSQUE EFFECTUS FINIATUR.

CAPUT XII.

POSTREMUM restat: nempe ut explicatis causis & effectis contrahendæ ac committendæ stipulationis, videamus, quibus modis rectè constituta & commissa finiatur, & destruatur. Nihil enim tam firmum, tam perpetuum in rerum natura est, quod non aliquam pa-

tiatur corruptionem: satis quoq; inhumanum foret, semel obligatum, nunquam liberari posse.

Summæ.

1 *Finitur solutione ejus, quod debetur.*
2 *Videndum, utrum secundùm obligationis legem satisfactum sit, si de liberatione quaratur.*
3 *Invito aliud pro alio non obtruditur, nec rectè per partes solvitur.*
4 *Tametsi heredes pro parte possint solvere.*
5 *Debito etiam tempore solutum esse oportet.*
6 *Vilissimum dari, si genus debeatur, an contingat liberatio: & cur in eo legatum differat à contractu.*
7 *Novatione & delegatione finitur hac obligatio.*
8 *Qui possint novare.*
9 *Utrum unus correorum possit in alterius commodum vel incommodum novare.*
10 *Argumenta Venuleii & Pauli de hac quæstione expenduntur.*
11 *Varia interpp. conciliationes.*
12 *Alii distinguunt inter duos reos socios & non socios.*
13 *Alii convertunt distinctionem: utriq; non satis bene.*
14 *Roberti sententia & emendata lectio.*
15 *Alii distinguunt inter pactum & novationem.*
16 *Tentatur conciliatio ex ipsis verbis.*
17 *Acceptilatione tollitur verborum obligatio.*
18 *Solvisse videtur is, cui acceptum est factum id, quod debebatur.*
19 *Cur acceptilatio potiùs appellanda sit conceptio, quàm stipulatio.*
20 *Propriè per acceptilationem finitur sola verborum obligatio: impropriè reliqua, sed novatione intercedente.*
21 *Unde Aquiliana acceptilatio, & quis ejus usus.*
22 *Duplex est acceptilatio.*
23 *Et totum & partem acceptam rogare licet, etiamsi res sit individua pro diviso.*
24 *Ratio diversitatis inter solutionem & acceptilationem.*
25 *Quid si res sit etiam individua pro indiviso.*
26 *Acceptilatio est actus legitimus.*

27 Qui

27 *Qui possint acceptum habere vel rogare.*
28 *Oblatio, consignatio & depositio liberant ab obligatione.*
29 *Cuiq; sua mora nocet.*
30 *Quomodo fiet oblatio.*
31 *An semper præter oblationem requiratur consignatio & depositio.*
32 *An sola oblatio sistat cursum usurarum.*
33 *Vitiata forma totum actum vitiat.*
34 *Communis est opinio, per solam oblationem sisti usurarum cursum.*
35 *Antichresis est pignus, cum usurarum pacto.*
36 *Oportet totam summam esse oblatam.*
37 *Deficiente copiâ creditoris in debito loco potest judici offerri: eóq; etiam deficiente vel sui copiam non faciente, coram viris honestis oblatio fieri potest testatò.*
38 *Idem faciunt, qui non audent appellare.*
39 *Pœna si solvatur ex commissa stipulatione, liberatio contingit à dando & faciendo, nisi aliud convenisset.*
40 *Pœna stipulatio non novat, sed ex eventu est instar novationis.*
41 *Stipulatori liberum est, rem vel pœnam petere.*
42 *Idem est, si quid fieri convenit.*
43 *Idem in venditore.*
44 *Nisi aliud convenisset.*
45 *Consil. l. 122. § fin. h. t.*
46 *Quid sit contra divisionem facere.*
47 *Res judicata pro veritate habetur.*
48 *Pœna committitur dupliciter.*
49 *Jurejurando hæc quoq; actio finitur.*
50 *Utrum ipso jure, vel ope exceptionis.*
51 *Jusjurandum verbis consistit, nec sine verbis conficitur.*
52 *RES ab initio utiliter in stipulationem deducta ex post-facto desinit deberi.*
53 *Exemplum in servitute promissa.*
54 *Extincta obligatio tractu temporis, & ex eventu non revivisci.*
55 *Celsus dissensit, circa hominem promissum medio tempore liberum, à cæteris] Ctis: & quare.*
56 *Quomodo Paulus argumentum Celsi refutaverit.*
57 *Homo manumissus & rursum in servitutem redactus, non*

intelligitur idem homo, qui fuit antè: & quid in navi reclusa?

58 *An hæc regula indistinctè accipienda.*
59 *Videntur duæ inter se pugnare regulæ.*
60 *Quomodo distinguendum, ut hi textus & regulæ concilientur.*
61 *Multum interest, an commercio res ex post-facto eximatur, an persona conditio impediat præstationem.*
62 *Conclusio intelligitur de ipsa re promissa in eam causam perveniente, à qua obligatio incipere non potuisset.*
63 *Ad conditionales stipulationes & legata non pertinet.*
64 *Consideratio l. existimo. h. t.*
65 *Analysis d. l. existimo.*
66 *Quid in alternativis.*
67 *Si res ex causa lucrativa fiat stipulatoris, extinguitur obligatio.*
68 *Duæ lucrativæ causæ non concurrunt.*
69 *Quod meum est, amplius nequit meum fieri.*
70 *Et quid quo ad precium & possessionem.*
71 *Cui precium abest, res abest, non semper contrà.*
72 *Consider. l. 16. h. t.*
73 *Stipulatio à quibusdam habetur pro lucrativa causa.*
74 *Quid in alternativis receptum.*
75 *Id solum peti potest, quod debetur, non ejus precium.*
76 *Nisi officio judicis.*
77 *Præscriptionis pacti, transactionis, compensationis, &c. exceptione finitur actio.*
78 *De præscriptione, remissivè.*
79 *Pacti vis quanta.*
80 *Transactio fit dupliciter.*
81 *Fidejussor compensare potest.*
82 *Quid si sint duo rei?*
83 *Rectè legatur liberatio.*
84 *Prorogatione termini, an & quatenus liberetur fidejussor.*
85 *Item si in aliud debitum res transferatur.*
86 *Fidejussor liberatur quoq; ex tempore.*
87 *Fidejussor judicio sisti & judicatum solvi, an & quando liberatur.*
88 *An sententia lata in reum adversus fidejussorem, opus sit novo judicio.*

89 Con-

89 *Confusione tollitur obligatio.*
90 *Nemo sibi ipsi debitor & creditor esse potest.*
91 *Confusio cedit solutionis vice.*
92 *Fidejussor succedens reo principali non utitur beneficio ordinis, & divisionis.*

I. CONCLUSIO.

Finitur † hæc obligatio, & actio inde nata tollitur per solutionem ejus, quod debetur. 1

§. 1. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. prout 80. l. solutam. ff. de solution. l. liberationis. l. solutum. & ibi annot. ff. de verb. sign. Omnia enim judicia non solùm futura, sed & incepta sunt absolutoria, si id præstetur quod debetur. *§. fin. Instit. de perpet. & temp. action.* cùm ideo contrahamus, ut quid detur, vel fiat, vel præstetur. *l. 3. ff. de actio. & oblig.* Si itaque secundùm substantiam istam obligationis satisfactũ erit stipulatori: aliquid amplius exigere nequit. Quid autem illud sit, quod hac obligatione debeatur, & ex stipulatu vel stipulatione exigi possit: patet ex superioribus. † Videndum igitur utrobique & semper est, an ne secundùm leges istius obligationis satisfactũ sit, ut extincta censeatur per solutionem: quippe nisi secundùm formam & finem ejus stipulatori satisfactum appareat, nequit liberatio videri contigisse: ac proinde nec solutum esse: cùm hæc duo à se invicem separari nequeant, *d. l. liberationis. d. l. solutum. cũ ibi annotat. de verb. signific.* Hinc est, ut in solutione faciendâ ratio habeatur, utrùm res data, vel factum præstitum sit dividuum, vel individuum, non solùm naturâ, sed & solutionis conditione, *per l. 9. §. 1. dict. leg. cùm Stichus 29. ff. de solution. l. 2. l. 3. l. 4. l. stipulationes non. hoc tit. l. rectè dicimus 25. cum ibi nota. de verborum significatione, ut suprà* 2

3 *pluribus.* † Videndum deinde, utrùm invito creditori res alia, quàm quæ promissa est, obtrudatur: quod jura non permittere, sæpè suprà dictum est. Quod adeò verum est, ut quamvis volenti creditori aliud pro alio solvatur, non tamen ipso jure, ut aliàs, sed ope exceptionis tantùm contingat liberatio. *l. fin. §. si cum mihi aut Titio, ibi Bart. ff. h. tit. Jas. ad l. cùm quis. h. t. Dd. ad l. 2. de reb. cred. si cert. pet a. Matthesil. singul. 112. in fin.* tametsi Bartol. *ad leg. si heres generaliter. ff. de leg a. 1.* videatur dissentire *per leg. solutam.* de *solution.* Verùm hoc ipsum eo textu non probatur, sed potius hoc, naturaliter, hoc est, verè ac realiter, oportere pecuniam esse solutam, hoc est, numeratam ac traditam ipsi creditori, vel cui voluit. Deinde idem probatur & à forma solutionis. Nam nec per partes illud, quod debetur, solvere licet, invito stipulatori, etiamsi talis res deberetur, quæ pro parte soluta volenti creditori pro parte etiam liberationem esset allatura. *l. illud. §. si cujus. versic. minus. ff. de tribut. action. l. amissi 52. ff. de fidejuss. leg. 3. §. reddita. ff. commod. l. tutor 41. §. primo. ff. de usur. l. Julianus. §. offerri. ff. de action. empt.* non obstante *l. quidam existimaverunt. ff. de reb. credit. si cert. pet at.* qua contrarium asserere immeritò commotus fuit Alciatus *ad leg. secundam. §. primo.* quem ibi Johann. Corasius sequitur *hoc titul.* ut *ad leg. minus 32. numer. 9. & sequent. ff. de verborum significat.* memini me pluribus ostendisse: quò
4 me brevitatis causâ remitto. † Nec pro Alciato facit illud, quod *ex dict. leg. secunda. §. 1. hoc tit.* desumit; conditionem scilicet debiti, ex persona heredum non mutari, *dict. leg. secunda.* atqui heredes per partes solvere posse: cùm inter eos ipso jure sit obligatio divisa, *dict. leg. secunda. leg. tertia. ff. famil. herciscund.* Ergo e-

go etiam idem concedendum ipsi debitori: quia nisi hoc largiremur, ex personâ heredum mutaretur conditio obligationis, contra *dict. leg. 2. §. 1. hoc titul.* Verùm infirma hæc est consequentia. Ut enim heredes pro parte hereditaria tantùm, non in solidum singuli, nisi res naturâ & jure simul sit individua, teneantur, illis non conceditur ex conditione obligationis, sed speciali beneficio legis XII. Tabularum nomina inter ipsos dividentis. Quod beneficium tantummodo heredibus, non ipsis debitoribus contrahentibus à lege datum est. Jurisconsultus autem *in dict. leg. 2. §. 1. hoc titul.* agit de ea mutatione, quæ ex ipsius obligationis conditione est: veluti, si pura sit, si individua sit, non fiet conditionalis nec dividua ex heredum personis; ne aliud pro alio invito creditori incipiat deberi. † Hoc 5
quoque circa solutionem attendi oportet, utrùm ejusmodi solutum sit, ut meritò possit & debeat in eo liberatio contingere. Quid enim si post moram solvat? Nam & id, quod ob moram interest, dare oportet. Quid si hominis debitor statuliberum solvat? Sanè si non speciem istam debebat, sed generaliter hominem, non liberabitur, *l. cùm quis 38. §. qui hominem. ff. de solutio. l. Neratius 63. ff. de condict. indeb. & ibi gloss.* quæ ita cum his textibus conciliat *l. statuliberum 9. §. penultim. ff. de statuliberis. & l. si mihi 92. ff. de solution.* quibus adde, quæ de hac quæstione scripsit Anton. Fab. *lib. 2. conject. capit. 7.* & Julius Pacius *cent. 4. examen. quæst. 16.* † Sic, si vilissi- 6
mum det, quæritur, an liberetur? Etsi verò ultimarum voluntatum interpretatione eò res deducitur, ut mediæ conditionis qui neque optimus neq; vilissimus sit, deberi credatur, *l. legato generaliter 37.*

ff. de legat. 1. tamen in contractibus sufficit etiam vilissimum solvere, quoties in genere homo, vel bos promissus est, *l. fidejussorem 52. ff. de fidejusso.* cùm illi meritò nocere debeat obscuritas stipulationis, qui legem contractui apertiorem dicere, & exprimere potuisset, cujus bonitatis dare oporteat, *per l. quicquid 99. h. tit. l. Labeo 21. ff. de contrah. empt. l. veteribus. ff. de pact.* Plura hîc in quæstionem venire possunt, sed quæ opus nimium augerent: Et cùm peculiarem requirant tractatum, nec ad stipulationum doctrinam propriè pertineant: omitto.

II. CONCLUSIO.

7 *Novatione † quoq; voluntariâ & delegatione hæc obligatio extinguitur, & in novâ transfunditur.*

l. 1. & tot. tit. Dig. ac Cod. de novatio. & deleg. Anton. Fab. lib. 3. conject. cap. 3. & 19. De qua satis *in cap. 5. conclus. 6.*

8 *7. & seqq.* † Novare autem possunt illi, qui & stipulari & promittere, ut similiter suo loco dictum est.

9 † Utrum autem unus correorum credendi vel stipulandi possit in præjudicium alterius novare, vel delegare, ita ut subsecutâ stipulatione novationis, quâ solidam obligationem reus delegatus stipulanti vice delegantis promittit, ei in solutũ cedat; non solùm inter interpretes, sed & veteres juris autores controversum videri potest. Paulus sanè *in l. si unus 27. ff. de pactis* videtur id negare. Nam cùm initiò ex Neratio Atilicino, & Proculo tradidisset, unum ex argentariis sociis alteri neque paciscendo in communi obligatione; etiamsi pactum in rem factum esset; neq; novando, autore Labeone, nocere posse, eti-

etiamsi ei rectè solvatur, recteque solidum solus petat: cùm & illis, qui in nostrâ sunt potestate, rectè solvatur, novare autem nequeunt: statim subjicit: *Idemq; in duobus reis stipulandi dicendum est*: quod scilicet de duobus argentariis sociis modò affirmavit. Contrà Venuleius *in l. si rem 31. §. si duo rei stipulandi. ff. de nova.* statuit, si unus reorum credendi ab aliquo reo debendi stipuletur, novatione quoq; liberari eũ ab altero reo credendi, *cùm id specialiter agit*. Et si unus reorum credendi communem debitorem suo creditori delegaverit, isq; ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum debitum jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi debitori communi, doti fundum ex communi stipulatione debitum promiserit: ab utroque reo credendi liberabitur debitor. Hanc sententiam aliquot idoneis rationibus confirmat Venuleius. Prima; si uni rectè solvitur, ut ab utroque liberetur reus, utique etiam unus rectè novat, ut ab utroque contingat liberatio: cùm ea stipulatio similis sit solutioni: Atqui primum. Posterius igitur. Secundò litis contestatio est quędam novatio: quia est & delegatio, *l. delegare 11. l. aliam 29. ff. de novation.* & alterius liberatio. *l. solutione 23. ff. de solutio.* & novari dicitur judicati actione prior contractus, *in leg. fin. Cod. de usur. rei judic.* Atqui per litis contestationem uni correorum licet totam rem in judicium deducere, adeò ut alteri amplius non rectè offeratur, *l. ex duobus 16. ff. de duob. reis.* Novare igitur in alterius præjudicium potest. Tertiò, si unius acceptilatione tota perimitur obligatio, etiam unius novatio perimit: quia par utriusque ratio, par potentia & usus: cùm utraque fiat interrogando ac respondendo, cedatque solutionis vice. Atqui pri-

mum potest, *l. 2. ff. de duob. reis.* Ergo & posterius. Quartò, qui sibi soli stipulatus est, solus etiã novãre potest, licet novando etiam alteri noceret: cùm quisque suæ rei sit arbiter, etiam cum damno alterius, modò ei nullo jure sit adstrictus, ne noceat, *argum. l. in re. C. mand. & l. cum eo 9. ff. de servit. urbano. prædio.* At si duo rei sint credendi, perinde unusquisque sibi acquisivit ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quòd facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere communem debitorem potest: facto, inquam, delicti vel quasi speciem habente, ut si moram in accipiendo fecerit, aut rem debitam interemerit. Potest ergo unus sine altero in ejus præjudicium novare; cùm novatio delictum non sit. Quid an hæ rationes tam firmæ, ut Venuleius id inde rectè collegerit? Equidem Paulus *in dict. l. si unus 27. ff. de pact.* & Celsus *in l. non ideo 25. ff. de novat.* consequentiam primi argumenti negant; cùm interdum alicui rectè quidem solvi possit, qui tamen novare nequeat, ut si is sit in potestate nostrâ, aut solutionis causâ adjectus: Is enim jus novandi non habet. *l. cui rectè 10. ff. de novation.* Idem videtur responderi posse ad secundum & tertium Venuleii argumentum, cùm procurator ad judicia rectè totam causam in litem deducat, nec tamen novare, aut acceptum ferre possit: imò ne quidem solutionem admittere sine mandato vel ratihabitione. *l. si reus 73. ff. de procurat.* Et circa quartum videri potest, alterum alteri jure societatis obligatum esse, ne sibi invicem in communi hac obligatione noceant, ad instar argentariorum sociorum, de quibus *in dict. leg. si unus 27.* Imò retorqueri fortasse poterit hoc modo: alteri per alterum in re sua iniqua conditio inferri non de-

debet, adeò ut nec in re cõmuni invito socio quicquam novare liceat, *l. parietem 8. l. fistulam 19. l. in re communi 26. ff. de servit. urban. pred.* Atqui duorum reorum credendi obligatio singulorum est propria; quia communis. Non ergo novando licebit in cã quicquam invito altero immutare, vel iniqui quid inferre. † Sed cùm ad hanc instantiam Pauli & Celsitam de iis, qui in nostrâ potestate sunt, quàm qui solutionis causâ adjecti, vel procuratores constituti, pro Venuleio ex ipso etiam Paulo respondere liceat: Imò, eos non habere jus novandi, & in his regulam propositam fallere, qui non suo sed alieno nomine solutionem accipiunt, litem contestantur, acceptilationem faciunt; correum autem credendi suo nomine & proprio jure hæc facere, *per leg. 2. ff. de duob. reis. dict. l. cui rectè 10. ff. de novat.* nec alibi ab hac regula *in dict. leg. cui rectè 10.* excipi; non video cur à Venuleii sententia recedendum sit. Quod si etiam aliquo damno afficiatur istâ novatione, vel dolo circumveniatur, paratas habet cum socio illo, vel correo ordinarias actiones, pro variis causarum circumstantiis. Ideoque utilitas debitoris propterea impediri non debet: cùm & aliàs proniores nos oporteat esse ad liberandum, quàm obligandum *l. Arrianus. ff. de oblig. & action.* † Quid dicemus? Variæ 11
conciliationes ab interpp. *ut in gloss. ad dict. l. si unus 27. ff. de pact. & dict. l. si rem aliquam 31. §. si duo rei. ff. de novatio. & ad leg. 2. ff. de duob. reis. & l. cui rectè 10. ff. de nova. videre est.* † Alii intelligunt Paulum *in d. l. si unus.* de duo- 12
bus reis stipulandi sociis, & Venuleium *in d. l. si rem aliquã. §. si duo rei.* de duob. reis credendi nõ sociis: quia inter reos socios solida quidẽ videtur singulorũ obligatio, respectu juris credẽdi & stipulandi; ita tamẽ,

ut intuitu societatis debeatur singulis rata portio pro indiviso: ut ita non sit solida obligatio singulorum propria; cæterorum verò solida sit propria: Idcoq; in sociis correis locum habere regulam: in re communi invito altero nihil immutare licere: in cæteris non item. Huic adstipulari putant quod Paulus in præcedentibus de argentariis sociis disseruit, quibus reos stipulandi comparat. Censetur igitur eos in hoc tantùm, non autem universè comparas-

13 se. † Alii directò contrarium sentiunt, & Paulum interpretantur loqui de reis stipulandi simpliciter: Venuleium de reis credendi sociis. Sed minore hæc sententia ratione nititur. Nullum enim verbum in antecedentibus vel consequentibus apud Venuleium reperire licet, ex quo elici possit, Venuleium non generaliter, sed in specie de reis sociis sententiã protulisse. Sed nec illam priorem interpretationem propter generalitatem responsi Venuleii tutã credidero: imò argentarii nũquam, nisi ineptè possunt, quo ad jus obligationis & acceptilationis & novationis, cum correis credendi conferri, nisi sint socii. Nam si socii non sunt, singuli suam mensam & argentariam seorsim tractant, singuli suas obligationes contrahunt, & rationes conficiunt. Quòd si eorum quidam citra societatem cum uno in solidum idem nomen contrahant, non argentariorum jure proprio, sed communi correorum judicantur. Itaq; Pauli comparatio ita comparata est, ut argentarios socios nõ cum solis sociis correis stipulandi, sed cum omnibus indistinctè comparaverit.

14 † Ergo Johan. Robert. Aurel. *lib. 1. recept. sent. jur. cap. 25. in dict. leg. si unus 27.* pro, *novare*, legit *donare*: ac si ii, qui argentarii socii sint, qui in potestate nostra

ſtra donare non poſſint: & ideò hoc tantùm à Paulo conſtituatur per iſtam comparationem; unum ex reis ſtipulandi donare non poſſe obligationem, ut ab altero contingat quoq; liberatio. Sed reclamant approbatæ fidei exemplaria: nec fas eſt, contra tot publicâ fide recepta unico illi exemplari vel manuſcripto vel typis edito, in quo ſe reperiſſe ſcribit, fidem habere plenam. Indocti monachi, indocti ſcribæ, indocti typographi: imò utplurimum negligentes, ut magno noſtro malo didicimus. † Alii inter 15
pactum & novationem diſtinguunt, quod ipſum quoque admittendum non eſt, cùm de novatione idem ſtatuat Paulus, quod de pacto. Nec poteſt aliquo firmo argumẽto oſtendi, Pauli mentem fuiſſe, ℣ſ. *nam nec novare.* κατὰ παράλειψιν interjeciſſe: Imò confirmationis causâ à ſimili argumentatur: ut ita ℣ſ. *idemque.* & ad deciſionem & deciſionis rationem ſpectare videatur. Igitur non procul abeſt, ut cum Coſtalio *in dict. l. ſi unus.* dicamus, niſi ineptè hæc antinomia ſolvatur, bene & aptè ſolvi nõ poſſe. † Ten- 16
tandum tamen: Venuleius ait, ſecundùm ſuperiora argumenta, ſi unus correorum ab aliquo communi debitore ſtipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, *cùm id ſpecialiter agit.* hoc eſt, quando hoc ſpecialiter agit, ut ab utroque liberatio contingat. Etenim hoc agi poteſt, ut novando à ſe tantùm liberet, non etiam à correo credendi: cùm conventiones legem à contrahentibus accipiant, *l. in cõventionalibus. h. titul.* imò, ut ab utroque liberatus ſit, non intelligitur agi, niſi hoc ſpecialiter agatur: cùm nemo credatur velle alteri nocere. Hanc interpretationem urgent quatuor illa Venuleii argumenta. Nam ſi non ſolidam ſolutionem admittat, ut ab u-

troque contingat liberatio, si non in solidum acceptum ferat, sed tantùm quo ad se, si non totam rem in judicium deducat: intelligitur obligationem divisisse, & pro suâ tantùm parte, & quo ad se liberasse; non etiam, quo ad correum. Urgent idem hæc verba, *cùm id specialiter agit:* Agit, inquit, non agat: ut ita particula *cùm* hîc designet modum & voluntatem, & id quod agitur ea novatione; veluti *in leg. 8. §. idem Celsus. ff. de novation.* vel idem, quod est, *quando*; non conditionem. Nec dicat aliquis, hoc eò referri, quod secundùm jus antiquum dicebatur, tum novationem intelligi factam, si id eâ stipulatione ageretur, veluti exempla sunt *in leg. 2. vers. si hoc agatur. l. 6. vers. quia non hoc agitur. l. 7. vers. quia id agitur. l. 8. §. 1. vers. & hoc actum. §. si quis ita. verb. si modò id actum sit. §. ab alio. vers. si hoc actum sit. ff. de novation.* Etenim hanc significationem istis locis hæc verba habent propterea, quòd ibi quæstio esset, non de effectu novationis contractæ; sed utrum in illis facti speciebus contingeret novatio: quippe quòd poterant ambiguam recipere interpretationem. Atqui in responso Venuleii, non est proposita quæstio, utrum aliqua, vel tali stipulatione voluerint contrahentes novationem inire; an simpliciter quid stipulari? Sed, si animo novandi unus reorum stipulandi à debitore communi stipuletur, utrum is effectus sit ejus novationis, ut non solùm à stipulante, sed altero etiam correo credendi debitorem liberet? Et ad hanc quæstionem respondet, novatione quoque eum liberari posse ab altero, cùm hoc agit: quando hoc ipsum ea novatione agitur, ut sit ab utroque per eam liberatus. Si porrò illa verba, *cùm id specialiter agit*, interpretaremur, ut *in dict. leg. 2. dict. l. 6. vers.*

quia.

quia. d. l. 7. vers. & hoc actum: ac si Venuleius dixisset, *si id agatur, ut sit novatio*; vitium tautologiæ JCto imputaremus: cùm dicat; *novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cùm id specialiter agit*: quod perinde esset, ac si ita locutus: *novatione ista liberat eum, si hoc agit, ut sit novatio*: Item, *Novatione liberat, si est novatio.* Hoc autem tam docto imputare JCto nefas putatur. Sed si dubium quoque esset, utrum ea stipulatione contigisset novatio, ejusque dubii declarandi gratia hæc verba à Venulcio adposita, non solùm magis dubium reliquisset suum auditorem; sed nec satis aptè & perfectè quid vellet, explicasset: quippe novationem oportet ex utriusq; voluntate procedere, cùm, *ut cap. 5. diximus conclus. 6. & 7.* sit stipulatio seu stipulationis species, & ita consensu in idem placitum, ex quo sit obligatio, consistat. *Cujac. ad leg. 7. ff. de pactis.* Consensus autem nisi inter duos plursve esse nequeat, *l. 1. ibi Cujac. post gloss. & alios Dd. ff. de pactis.* Atqui non dicit, *cùm id specialiter agunt*; sed *agit*: ut ita ostendat mentem ac voluntatem stipulantis novandi animo sufficere ad hunc effectum introducendum, ut omnimoda debitori contingat liberatio. Eandem nostram expositionem urgent, quæ in ℣. *cùm eam* sequuntur: ubi statim de ista stipulatione hoc assumit: quòd ista stipulatio novandi animo facta, sit solutioni similis, quæ totam peremit obligationem, si videlicet solidum fuerit isti etiam uni volenti solutum: aliâs secus. Deinde, si unus delegaverit communem debitorem creditori suo; tum certè & delegatione istâ delegans, & cui delegatio facta est, subsecutâ stipulatione hoc agit specialiter, ut non solùm portio delegantis, sed universum debitum delegatum intelligatur, idque solidum soli

ſtipulatori debeatur; & ab utroque reo credendi liberatio contingat: uti etiam contingere affirmatur. Sic, ſi mulier fundum debitum promittat doti viro, vel ipſi reo: utique hoc agit, ut non ſolùm à ſe, ſed & correo credendi liberet debitorem: uti etiam per eam delegationem & novationem liberat. Hæc, inquam, exempla præcedentem deciſionem declarantia, arguunt, verba iſta, *cùm id ſpecialiter agit*, non eſſe referenda ad quæſtionem, utrum ſit novatio ea ſtipulatione facta? ſed, ad propoſitam quæſtionem, utrùm facta novatio ab utroque liberaverit? Quâ admiſsâ interpretatione, facilis eſt conciliatio Pauli & Venuleii: nempe ſecundùm Paulum non poſſe in præjudicium correi credendi ſtipulatorem novare, vel paciſcēdo nocere, etiamſi in rem pactus ſit: quia nolit, dum hoc ſpecialiter non agit: ſed de eo tantùm quòd ſibi prodeſſe vel nocere poſſit, tractat. At ſecundùm Venuleii ſententiam, quando id agit ſpecialiter, ut in ſolidum & ita ab utroque liberetur debitor: utique liberationem contingere: cùm ſolidæ obligationis dominus ſtipulator fuerit, ideoque poteſtatem habuerit re ſuâ liberè uti, & remittere etiam cum detrimento alterius.

III. CONCLUSIO.

17 *Acceptilatione † quoque tollitur hæc verborum obligatio, non ſolùm tota, ſed etiam pro parte.*

l.1.l.6.l.7.l.8.l.9.l.ſed etſi 10.l.ſeq.l.& per jusjurandum 13. §.1.§.ſi is qui.§.ſeq. §.ſi Stichum. §.ſeq.§.ſi legatorum. §.qui ita ſtipulatus. §.fin. l.ſi is qui 15. l.ſequen. l.qui hominem 17.l. & uno 18.§.1.l.ſi accepto 20.l.ſeq.ff.de acceptilat. l.1.2.3.Cod. eod.

eod. §. item per acceptilationem. Institut. quibus mod. toll. obligat. † Quoniam velut solvisse videtur is, qui acce- 18
ptilatione solutus est, *dict. l. si ex pluribus 16. ff. eod.* cùm sit liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. *l. 1. h. t.* vel ut alii definiunt: cùm acceptilatio sit ea verborum conceptio, qua creditor tanquam solutione facta acceptum se habere respondet & debitorem liberat. † *Conceptionem* appello verborum, non *stipulationem*, cùm acceptilatio non sit stipulatio; licet in- 19
star stipulationis per interrogationem & responsionem concipiatur, nec aliter, quàm per hanc conceptionem expediatur, *dict. §. item per acceptilationem. Instit. quibus mod. oblig. fin. l. 8. §. fin. ff. de acceptilat.* † Pro- 20
priè igitur per hanc finitur obligatio verborum, *d. §. item per acceptilationem. d. l. & per jusjurandum 13. in princ. & §. 1. ff. de acceptilat.* non etiam, quæ vel re, vel literis, aut consensu est contracta. *l. si accepto 19. ff. eodem.* nisi intercedente novatione, hoc est, nisi ejusmodi contractum acceptum laturus primùm id, quod ex alio contractu vel aliâ causâ debetur, stipuletur à debitore, animo novandi expresso, *juxta l. fin. Cod. de novatio.* & deinde hanc ex novatione natam verborum obligationem roganti debitori acceptam ferat, *juxta dict. §. item per acceptilationem. & l. & uno 18. §. 1. ff. de acceptilat.* † Et cùm hunc novandi modum accepti- 21
lationis gratiâ Aquilius Gallus invenisset, usitatè hæc stipulatio, qua contractus, qui re, vel literis aut consensu constitutus est, novatur & acceptilatione perimitur, ab autore suo *Aquiliana* appellari cœpit. *dict. §. item per acceptilationem. vers. est autem prodita. Inst. quibus modis tolli. obligat. l. 4. l. 5. l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam. l. pacto 15. ff. de transaction.* † Hinc accepti- 22

latio duplex perhibetur: una, quæ fit simpliciter, altera, quæ fit Aquilianâ stipulatione, hoc est, novatione interveniente, *dict. l. 4. d. l. 5. d. l. pacto 15. ff. de transaction. l. 3. l. 4. l. ut responsum 15. l. si causa 32. l. ubi pactum 40.*

23 *Cod. de transaction.* † Non solùm autem totam stipulationem acceptam rogamus rectè, sed etiam partem, sive res naturâ & solutionis conditione, sive tantùm naturâ sit dividua pro diviso vel indiviso. *l. 6. l. pars 9. l. sequ. l. qui hominem 17. ff. de acceptilation.* Veluti, *ex nummis decem, quos tibi promisi, quinque habésne acceptos? dict. l. pars 9.* vel si homo in stipulationem deductus sit, ex parte acceptilatio fieri potest: puta, *Stichum, quem tibi promisi pro parte dimidia, acceptum habes? habeo.* Certè hoc casu contingit liberatio pro parte plena, ita ut saltem reliqua pars in stipulatione maneat. *l. sed etsi non 10. ff. de acceptilation.* Idem si in genere unum hominem debeam, possum pro parte me liberare per acceptilationem: vel si hominem aut decem debeam, possum rogare, ut quinque accepto faciat creditor: & tum non solùm quo ad quinque, sed etiam pro parte hominis dimidiâ liberatus ero: quia perinde est, ac si rogassem, *quinque vel hominis partem, utram elegero; vel elegeris, acceptam facis? l. qui hominem*

24 *17. ff. de acceptilation.* † At cur si decem aut hominem debeam & quinque solvero, non contingit liberatio pro parte dimidia tam hominis quàm quinque? Cur, si hominem debeam, non liberor pro parte, si partem Stichi solvero, nisi in eodem homine alteram partem præstitero? *l. stipulatus 9. §. 1. vers. qui hominem. ff. de solution. l. 2. §. 1. l. in executione 85. §. pro parte autem peti. h. tit.* aut acceptum rogem. In promptu causa est: quia ubi pars hominis accepto fertur, non subest metus, ut invito aliud pro alio solvatur: ut in di-

versis

versis hominibus partes præstentur: At si realis fieret solutio, utique hic metus subesse posset: ut suprà quoque declaratum est. Etsi itaque acceptilatio est pro solutione & species acquirendi, *l. species. ff. de acceptilat.* ac modus liberandi non minùs, quàm solutio, *l. liberationis. de verb. signific. dict. l. 1. l. 2. l. 8. §. penult. & ult. d. l. species. ff. de acceptilat.* hac tamen in parte multum à solutione verâ differt, *d. l. qui hominem 17. ff. eod.* † Cæterùm hæc ita sunt, si res debita partes saltem recipiat pro indiviso: at si neque naturâ neque jure sit dividua; sed planè individua: ne quidē pro parte quid acceptum fieri potest; veluti si quis partem viæ vel itineris acceptam ferre velit: *l. & per jusjurandum 13. §. si tamen viam. ff. de acceptilat.* Nulla enim pars est, vel cogitari potest; quæ hîc intelligatur remissa. † Est autem acceptilatio actus legitimus, *l. actus legitimi. cum annotat. ff. de reg. jur.* Igitur neque sub conditione neque in diem fieri potest, *l. 4. ff. de acceptilat. d. l. actus legitimi:* tametsi id, quod in diem vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli possit, *l. quod in diem 12. ff. de acceptil.* in cum casum, si postea cōditio existat vel dies eveniat, *l. si sub conditione 21. ff. eod.* Sed illa conditio & illa dies insunt ex ipsa re. *Linterdum. h. tit.* non autem acceptilationi. Quod genus diei vel conditionis tam quo ad effectum, quàm multa alia, longè distat à conditione & die, ipsâ conventione & obligatione comprehensis, ut *ex l. ille à quo. §. fin. ff. quand. dies. legat. ced. d. l. interdum.* colligere licet. † Ita demum liberatio contingit, si inter eos tractata sit acceptilatio, qui jus alienandi & stipulandi promittendique habent. Igitur surdi, muti, infantes propter defectum sermonis & auditus; absentes ob defectum formę; prodigi, furiosi, fatui ob judicii corruptionē;

25 26 27

pupilli ob imperfectionem, quorum obligatio propria non est, neque jus administrationis liberum cõcessum; & similes personæ acceptum ferre non possunt: tametsi pupillus & prodigus, item minor curatorem habens, tutor, servus, filiusfamil. etiam extra causam peculii, rogare possint acceptum ferri, ut ita conditionem faciant meliorem. *l.3.l.8. §.servus. & §§. seqq. l.species enim. l.servus 22. ff. de acceptilat.* si ex usu pupilli vel domini, aut patris est, acceptum ferre ita demum tutores, servi, filiifamil. curatores, poterunt, si priùs novando in se transtulerint obligationem. *l. & per jusjurandum 13. §. tutor. ff. de acceptilat.* quod in quolibet alio etiam receptum est.

IIII. CONCLUSIO.

28 *Oblatione † debito tempore & loco factâ, subsecutâ consignatione ac depositione finitur.*

l.acceptam. Cod. de usur. ibi Dd. l. obsignatione. & ibi Dd. utrobique Sichard. Cod. de solution. Dd. ad l. trajectitiæ. ff. de action. & obligat. l. qui Romæ 122. ibi interpp. h.t. l. qui decem. ff. de solutio. Anton. Gomez. variar. resolut. tom. 2. cap. 9. nu. 4.

29 † Cuique enim sua mora nocebit: ideoq; etiam creditori non recipienti. *l. si soluturus. l. creditor. ff. de solution. l. si mora. ff. solut. matrim. l. si servum 91. §. sequitur. h.t.*

30 *l. illud 17. ff. de peric. & commod. rei vend.* † At quomodo fiet oblatio? Equidem satis non est, in folle vel sacco offerre pecuniam, sed necesse est, ut videat & intelligat creditor paratam adesse pecuniam: *Johan. Sichard. ad l. acceptam. Cod. de usur. gloss. ad l. cùm servus. ff. de condit. & demonstrat. & ibi. Barto. Roland. à Valle consil. 53. num. 36. vol. 1.* modò creditor sui copiam faciat. Quod si se subducat, vel videri & experiri detrectet, satis est, si testi-

testibus probetur, reverâ pecuniam in sacco oblato, vel ad offerendum parato adfuisse. *gloss. ad dict. l. cùm servus 82. ff. de condit. & demonst. Duaren. ad l. si solum. ff. solut. matrimo. Joh. Sichard. ad d. l. acceptam. nu. 10. C. de usur. Bartol. ad l. item illa. & ad l. continuus. §. cùm ita. num. 2. h. t.*

† An verò præter oblationem requiratur cõsignatio 31
& depositio, una ex difficilioribus putatur: de qua Johan. Borcholt. *in tract. de usur. c. ult. à num. 5. usq; ad 15. & seqq.* Sanè ut à sorte principali & usurarum stipulatione, & quolibet alio debito plena cõtingat liberatio, sola oblatio non sufficit, sed opus est præterea consignatione ac depositione in publico, h. e. judice adhibito in æde sacrâ, vel curiâ, aut quo alio loco, quem judex designaverit, factâ, *dict. l. acceptam. l. obsignatione*: utroque loco Sichard. Jason *cons. 226. Gabriel. respondit in casu.* Andr. Tiraquel. *de retract. lignag. §. 9. gloss. 3. nu. 3. 4. 5. 6.* † Utrùm verò ad sistendum usurarũ 32
promissarum cursum sufficiat sola oblatio, vel ultra eam opus quoq; sit consignatione & depositione, in dubium vocatum est. Cujacium *in l. qui Romæ 122. in princ. & §. Seja. h. tit.* secutus Joh. Borcholt *de usur. cap. ult. à nu. 5. & deinceps.* omnino opus esse & consignatione & depositione, credit hac ratione: quòd *per dict. l. acceptam. & d. l. obsignatione.* certa sit forma præscripta oblationi, ut ea deficiente nequeat effectus suos sortiri. † Formâ quippe non servatâ actus quilibet 33
censetur ipso jure nullus. *leg. cùm hi 8. §. si prætor. ff. de transact. l. certa forma. C. de jur. fisci. lib. 10. l. 2. Cod. de usur.*

† Cõtrarium tamen quo ad sistendum usurarũ cur- 34
sum inchoantem, & avertendum rei periculum, cõmuni suffragio receptum est, nempe satis esse, si solummodo offeratur. *Jas. ad d. l. qui Romæ 122. §. Seja. nu. 23. h. t. & ad l. si mora. nu. 6. ff. solut. matr. Joh. Sichard. ad d. l.*

acceptam.num.11.C.de usur.per l.si per te.l.ex prædiis.Cod.de usur.l.cùm debitor. ff.in quib.caus. pign.tacit.contrah. Atqui,inquiunt illi,textus isti agunt,non de usurarum stipulatione,sed antichresi:non ergo extra terminos suos trahendos. Sed nullibi disertè jus statuit aliud oportere servari circa antichresin,aliud circa usurarum stipulationem:ideoque distinctionem sine textibus factam Dd. frequentiore calculo repudiant.

35 † Deinde,quid aliud est antichresis,quàm pignus cũ usurarum pacto? nempe ut fructus rei usurarum vice cedant? *l.si quis 11. §.1.ibi Petr. Costal.ff.de pignor. & ad l.si pecuniam. ff. de pigner. action.* Quinimò majore odio flagrat antichresis,quàm usurarum stipulatio:& sæpè per stipulationem constituitur. Quid igitur vetat idem jus, quod in antichresi invaluit, ad cæteras quoque usuras pertrahere? Neque probabile est, tot textus per duo illa rescripta abrogatos esse. Quin etiam *ex dict.l.qui Romæ 122. §.Seja.h.tit.* colligitur,oblationem sufficere: ut suprà. Quod ergo de formâ neglectâ adfertur, huc non pertinet, sed ad totalem liberationem consequendam. *Jason in d.l.si mora.num.*

36 *6. ff.solut. matrimon.* † Ut verò hic oblationis effectus procedat, necesse est, totam summam esse oblatam cum omni accessione: cùm nec per solutionẽ aliter contingat liberatio, quàm si solidum solvatur: sitque de formâ hujus depositionis, quam vel in minimo vitiatam interire constat. *Johann. Sichard. num.4. ad d.l.acceptam. per l.quamdiu. Cod.de distract. pign. l.si expressum.l.Mævius. ff.de condit. & demonstr.* Ideoque unius etiam nummi defectus totam oblationem & depositionem corrumpit: quod intellige, si dolo vel fraude à sciente omittatur: secus si errore, vel ignorantiâ facti. Andr. Tiraquel. *de retract.convent. §.4.gl.6.*

num.

num.29.& seqq.per l.quamvis.ff.de condit.& demonstrat.& quamvis sint, qui *d.l.quamvis.* ad solam libertatis causam restringere contendunt, eorum tamen sententia neque ex textu, neque justâ ratione defendi potest: cùm nihil sit, cur hoc oporteat in libertate pro speciali censeri. † Sic si judicis vel creditoris copia 37
debito loco & tempore haberi nequeat, aut eorum quis difficilis sit: sufficiet nõ solùm loco oblationis, sed etiam depositionis & consignationis, si debitor coram honestis viris de eo protestetur, seque paratum ostendat ad numerandum deponendumque: atque ita apud amicum, vel non competentem judicem permittat. *Johan.Sichard.ad dict.l.acceptam.num. 10.Bart.ad l.item illa.ff.de const.pecun.& ad d.l.continuus.§. cùm ita.num.2.h.t.Andr.Tiraquel.de retract.ligna.§.9.gloss. 3.nu.17.& seqq.Anto.Gabriel.lib.3.com.concluſ.tit.de solutio. concluſ.9.num.19.20.21.Felin.in c.plerunque.extr.de rescript.*
† Nam idem observari videmus ab his, qui non au- 38
dent appellare propter metum judicis: ut prædicti interpp. argumentantur.

V. CONCLUSIO.

POEnæ† quoq; solutione, si quid certa die dari fi- 39
erive debuit, nec nõ ejus quod interest, aliquid factum non esse, præstatione utraque stipulatio tollitur: nisi actum sit, pacto vel stipulatione ratâ manente, pœnam esse luendam.

l.qui Romæ 122. §.fin.ibi Jason. post Alexand.num.11. Donell.num.5. l.cùm stipulatus sim 113. in fin. Lita stipulatus 115. §.fin.h.tit.l.penul.ff.de transact. l.rescriptum 10.§.1.ibid. Jas. post Bart.& gloss.nu.1.& 2.Castrens.Costal.ff.de pact.l.cùm

proponas 17. verb. manente transactionis placito. C. de transac-
40 *tion. l. 4. §. Labeo. ff. de dol. mal. except.* † Etsi verò pœnę stipulatio præcedentem obligationem non novat, ex eventu tamen est instar novationis. *l. obligationum ferè 44. in fin. ff. de obligat. & action. l. ita stipulatus 115. in fin. h. tit. Petr. Costal. ad l. 41. ff. pro soc. Jason ad d. l. rescriptum 10. §. 1. num. 2. ff. de pact.* Etenim hoc agi videtur, ut aut detur vel fiat, aut vice ejus pœna solvatur; non ut utrumque simul debeatur; *dict. l. obligationum ferè. §. si ita stipulatus sim. ff. de obligat. & actio.* cùm precedens stipulatio vel conventio sit ratione solutionis in conditione posterioris pœnalis, *per d. l. obligationum ferè 44. §. pen. & ult. d. l. ita stipulatus 115. & §. fin. h. t. §. fin. Inst. h. t. l. prædia. ff. de action. empt. Jason ad d. l. rescriptum 10. §. 1.*
41 *num. 2. ff. de pactis.* † Ideoque stipulatori liberum est, utrum rem promissam an pœnam petere malit: *d. l. ita stipulatus 115. §. fin. h. t.* utrum omissa pacti vel transactionis causa velit ad pœnam agere, & pristinā causam resuscitare: an verò se exceptione tueri. *d. l. cùm propinas 17. ibi Donel. & alii. C. de transact. Jason ad d. l. rescriptum 10. §. 1. num. 1. & 2. per illum text. & d. l. qui Romæ 122. §. fin. ibid. Donel. nu. 5. h. t.* Utrumque verò petere, h. e. & rem & pœnam, item & exceptione uti, & commissam pœnam exigere, bona fides non patitur. *l. bona fides. ff. de reg. jur. Jas. ad d. l. rescriptum 10. §. 1. nu. 2. l. 4. §. La-*
42 *beo. ff. de dol. mal. except.* † Idem est, si quid fieri simpliciter promissum est, cùm vice facti obligatio ejus, quod interest, vi ipsius stipulationis succedat, ut suprà latè fuit declaratum *ex d. l. si pœnam. l. stipulationes non. vers. Celsus autem. l. si insulam. l. cùm stipulatus sim 113. l. ita stipulatus 115. §. 2. & 3. l. quidam 132. l. si ita 135. §. ea lege.*
43 *h. t. d. l. i. l. 3. l. 6. ff. de action. empt. gloss. ad d. l. 1. ff. eod.* † Ideoque si quid venderet aliquis, & promitteret emptori fide-

fidejussores dare, & rem venditam liberare, fortasse pignori obligatã alii; si in morâ sit, nec faciat id venditor, quod promisit, tanti litem æstimare oportet, quanti interest, rem liberam esse, & fidejussores datos: non autem cogetur venditor & liberare rem, & id quod interest solvere. *d.l. cùm stipulatus sim 113. §. fin. h.t.* † Sed hęc omnia ita sunt, nisi disertè convenisset, 44
ut rato manente pacto & stipulatione dandi faciendive, etiam pœna solvatur; *d.l. penult. ff. de transaction. d.l. cùm proponas 17. Cod. eod. d.l. ita stipulatus 115. §. fin. hoc tit.* quia tunc nihil videri poterit contra bonam fidem peti; cùm nihil magis bona fides exigat, quàm ut placitis stetur. *l. 1. ff. de constitut. pecun. l. 1. §. 1. ff. de pact.* Etsi quidem nemini videatur promitti & res & pretium ejus: tametsi qui rem consequitur, precii quoque potentiâ habeat, quia tanti vendere posset, *l. tantum quisque. ff. de verbor. signific.*: si tamen expressè hoc agatur, ut & res detur, & præterea tanta pecuniæ summa, quanti res est; seu æstimatio rei: nihil vetat, quin utrumque peti possit ob conventionis legem, cùm non unica, sed duæ res sint in stipulatione, & totidem obligationes, *l. scire debemus 29. hoc tit.* Nam si cui etiam disertè & res & pretium essent legata, utrumque deberetur: *l. cùm servus 39. §. si Titius à me. l. quid ergo 53. §. si quis duos. ff. de lega. 1.* cùm aliàs utrunque non debeatur; quia non utrumque censetur legatum. *leg. planè 34. §. si eadem res. §. seq. l. si tibi 86. §. 1. l. si servus 108. §. Stichum quem. ff. de lega. 1.* † Sic & *in dict. l. qui* 45
Romæ 122. §. fin. hoc tit. intelligitur: nempe hoc actum fuisse, ut rato manente divisionis pacto, pœna commissa esset præstanda, *gloss. Bart. Jason, Contius & alii ibid.* Tametsi hoc dici possit, eo loci non hanc enucleari quæstionem, utrùm rato manente pacto, vel

transactione, aut stipulatione, pœna promissa sit solvenda, aut alterutrum tantùm fieri oporteat? Sed utrum pœnæ stipulatio in illa facti specie esset commissa, ut eam juxta divisionis legem petere liceat? Dubiũ facere videbatur, quòd actor nihil adversus
46 divisionis placitum feciſſe videbatur. † Etenim, cõtra divisionem facere inter coheredes fratres initã, est nihil aliud, quàm contra hoc agere, quod divisione actum erat. Actum autem erat eâ divisione nihil aliud, quàm ut à communione hereditariâ discederetur. Donellus *ad dict. l. qui Romæ 122. §. fin. num. 3. per l. 1. ff. famil. herciſc.* Superstes autem frater hoc non agebat, ut ab ea divisione recederetur, & communio restitueretur: sed fideicommissum à patre relictum, si alter eorum sine liberis decederet, ab herede defuncti fratris sui petiit: utpote, quòd per divisionis pactum minimè erat sublatum aut remissum. *l. cùm pater. §. hereditatem post. ff. de legat. 2.* neque verò oportet de re certa factam transactionem ad alias res extendere. *l. qui cum tutoribus. §. 1. §. ultimo. ff. de transact. l. si de certa. Cod. eodem.* At quamvis hoc juris erat: judex tamen de ea re aditus pronunciaverat, iniquè licet, etiam de fideicommisso transactum videri; & contra pactum divisionis actorem veniſſe: à qua
47 sententia appellatum non erat. † Cùm itaque res judicata pro veritate habeatur, *l. penultima. ff. de justitia & jure. l. præses 27. ff. de re judica.* respondit Scævo-
48 la: pœnam peti posse. † Ex quo Scævolæ responso hoc colligitur, pœnam committi dupliciter; primò si reverâ quid contra fidem pacti, vel transactionis aut stipulationis fiat, cui pœnę stipulatio subdita est; ut *in dict. l. ita stipulatus 115. §. final. hoc tit. l. penultima. ff. de transaction. dict. l. cùm proponas. Cod. eodem. dict. l. rescriptum*

ptum 10. §. 1. ff. de pact. dict. l. obligationum ferè 44. §. penult. & ult. ff. de obligat. & action. d. l. magnam. Cod. de contrah. & committ. stipul. d. §. fin. Instit. h. tit. altero modo; si pronunciatione judicis decisum sit, contra placitum quid actum esse, eáque pronunciatio in rem judicatam transierit, licet contra jus partis lata sit. *d. l. præses. dict. l. cum prolatis 32. l. judex. de re judic. dict. l. penult. ibi interpp. ff. de justit. & jur. l. 1. & tot. tit. ff. de except. rei judic. l. non minorem. Cod. de transact. l. libera 7. Cod. de sentent. & interloc. omn. jud. l. 1. 2. & tot. tit. Cod. de re judic. l. 1. l. 2. ubi Dd. ff. de jurejur.*

VI. CONCLUSIO.

JUrejurando † *quoq; hæc actio finitur.* 49

L. 1. l. 2. l. 3. §. quacunque. l. ait prætor. l. qui juravit. l. jusjurandum 27. l. in duobus 28. in princ. & §. 1. §. ex duobus reis. l. fin. §. si fidejussor. ff. de jurejur. Vice enim solutionis cedit. *d. l. jusjurãdum 27. ff. de jurejur.* & propter religionis autoritatem pactumq;, quod inest, pro veritate habetur. *l. 1. l. 2. eod. l. non minorem. C. de transact.* † Utrùm 50 autem jusjurandum hanc obligationem tollat ipso jure, an verò ope tantùm exceptionis, non postrema est quæstio. Et videtur, non aliter, quàm exceptionis beneficio liberare: cùm ab uno reorũ stipulandi jusjurandum delatum dicatur alteri nocere: & fidejussoris jusjurandum reo principali prodesse: ac vice versa. *d. l. in duobus 28. in princ. & §. 1. §. ex duobus. l. fin. §. si fidejussor. ff. de jurejur.* Hæc verba *nocere, prodesse*, videntur hoc innuere, non esse ipso jure sublatam obligationem, sed succurri per exceptionis auxilium. Cui adstipulatur, quod *in §. æquè. Inst. de except.* Justinianus constituit. Contrà defendi potest, etsi obligationes vel re vel consensu vel literis contractas jusjurãdum

ipso jure non tollat; hanc tamen verbis contractam tollere: cùm unumquodque eodem modo tollatur, quo constitutum est, verbis verborum obligationē, re obligationem rerum, *l. prout quidque. ff. de solution. l. nihil tam naturale. ff. de reg. juris.* Quæ etiam ratio est, cur acceptilatio verborum obligationē tollat, cùm verbis fiat solennibus. *§. item per acceptilationem. Instit. de acceptilat.* † Atqui jusjurandum verbis consistit, nec sine solennibus verbis perficitur, ut suprà in præfatione dictum est: adeò ut quo casu obligationem producit, ea dicatur verborum; & verbis, nempe per acceptilationem tollatur, *l. & per jusjurandum 13. ff. de acceptilat.* Quod autem *in d. l. in duobus. in princip. & §. 1. §. ex duobus. dict. l. fin. §. si fidejussor.* dicitur, *nocere, prodesse*, tam ipso jure, quàm ope exceptionis intelligi potest, pro diversa re subjecta. Nā si reus principalis jurat, nō debere, prodest fidejussori; ipso jure, si verbis contracta constabat principalis obligatio: exceptionis ope, si re vel consensu, aut literis: & vice versa. Reliqui text. *& d. §. æquè.* intelligi possunt de reliquis contractibus, ut quamvis regulare sit, non ipso jure, sed exceptionis auxilio jusjurandum liberare, & solutionis vice cedere, hæc tamen regula non excludat, quin etiam possit ipso jure liberari quis dici, naturâ obligationis, de qua juratum est, id ita permittente, veluti in obligatione liberti juramento contracta & in stipulatione. Quia tamen jusjurandum civili jure nunquam vim stipulationis & juris legitimi habet, nisi quando libertus patrono operas jurat, ut suprà de operis libertorum probatum est: omni alio casu, vim pacti tantùm habet, à prætore approbati: qui ex suo edicto dat vel actionem, vel exceptionem, ut *toto tit. Dig. de jure jur.* liquet. Nequit

51

ergo

ergo jusjurandum ipso jure obligationem legitimã, cujusmodi ex stipulatione est, tollere: Sed ope tantùm exceptionis, *argum. §. 1. Instit. de bonor. possess.* Prætor enim jus legitimum ipso jure non potest infirmare, nec etiam facere, ut *in l. 7. de justit. & jur.* docetur.

VII. CONCLUSIO.

Licet † initio res aliqua utiliter in stipulationem deducta fuerit, si tamen, antequam detur vel tradatur, in eum casum inciderit, sine facto vel fraude debitoris, à quo incipere non potuisset, evanescit obligatio. 52

§. item contrà. Instit. de inutil. stipulat. ibi Dd. l. inter stipulantem. §. sacram. ibi gloss. Bartol. Bald. Castrens. Alexand. Jas. Zas. Alciat. Duaren. Cujacius, Donellus, Æmil. Ferre. ff. h. t. l. qui res. §. aream. ff. de solut. l. verbis. ff. ad L. Falcid. l. existimo. l. pluribus 140. §. 1. h. t. l. pro parte. ff. de servit. l. 3. ff. de iis, quæ pro non script. Itaque si qua res utiliter promissa, eo reducatur, ut jam stipulatori nequeat dari; puta fundus ille jus Italicum nactus, aut res sacra vel religiosa effecta est, aut ipsius stipulatoris propria facta, & quidem ex causâ lucrativâ: quæcunque ista res fuerit, & quocunque modo dari posse desierit, omnium propè consensu receptum est, corrumpi stipulationem: quia ab eo casu incipere non potuisset *dict. l. inter stipulantem. §. sacram.* † Idem obtinet 53 in servitute promissâ, si totus vel fundi pars postea, antequam constituatur, ei vel in eo servitus alienetur: quia nec ab initio potuisset servitutem stipulari vel promittere possessor. *l. pro parte. ff. de servit.* Idem in legatis observatur. *dict. l. 3. ff. de his, quæ pro non script.*

hab. Quod adeò verum est, ut nec deinceps in pendenti obligatio existimetur: *ut in d. l. inter stipulantem. §. sacram. & §. è contrà. Inst. de inutil. stipulat. videre licet.*

54 † Semel enim extincta obligatione tractu temporis, sine nova conventione, non revivisci, *d. l. obligationum fere 44. ff. de action. & obligat. dict. l. qui res. §. aream. ff. de solution.* Itaque si homo, qui servus est, dum promittitur, postea antequam detur in libertatem pervenerit; quia stipulatio in eâ causâ esse incepit, à qua incipere non potest; extincta censeri debet obligatio: neque ex post-facto vires recipiet, si idē homo in servitutem revertatur, quod vel ingratus fuit, vel pretii participandi gratiâ se venundari passus: uti nec res promissa sacra vel religiosa effecta, si rur-

55 sum fiat profana. *dict. l. inter 83. §. sacram. hoc tit.* † At contradicit huic Celsus *in l. si chorus 79. ad fin. ff. de legat. 3.* Hic libro IX. Digestorum (cujus etiam Paulus *in dict. l. qui res. §. aream. ff. de solution.* meminit) scribit: *Servus*, inquiēs, *legatus, si interim manumittatur, & postea servus factus sit, postea peti potest.* Sunt qui negativè legunt *postea peti non potest*: sed & argumenta Celsi & testimonium Pauli, qui Celsum hoc affirmasse testatur, & Pauli refutatio *in dict. leg. inter stipulantem. §. sacram. hoc titul.* hanc negativam lectionem in Celsi responso non ferunt. Utitur autem Cesus hoc argumento: Quia si area legata vel promissa sit, eaque medio tempore inædificata fuerit, ac rursus area effecta, ædificio sublato: quanquam tum temporis peti non poterat, dum ædificio erat imposito mutata: nunc tamen poterit peti. Et in area omnes consentiunt. Ab hoc exemplo colligebat Celsus, idem in servo promisso, qui medio tempore liber fuit, observari oportere: quia similis esset

ratio.

ratio. Deinde ita ratiocinabatur: quia eadem est ratio liberandi, quæ & obligandi: jam res sacra, rursum profana effecta, & homo liber, rursus in servitutem redactus, in eâ causâ est, ut solvi possit, & ex eo liberatio nasci: Ergo & deberi potest. Neque videbatur ei dissimile esse, si homo liber rursus in servitutem redigatur, vel sacra res profana fiat illi navi, quam quis alii promissam dissolvisset, & dissolutam ex iisdem tabulis compegisset. Quo casu posterior navis eadem cum priore videtur: adeò ut statim obligatio reviviscere incipiat. *dict. l. qui res. §. aream. ff. de solut.* Deniq; si homo servus promittatur, is verò medio tempore sit factus liber, similis est promissioni fructuum. At si ex fundo certo tibi fructus promittam nascituros: nulli autem primo anno nascantur, aut nati intereant vel consumpti sint à domino; sequens annus est expectandus: quod si illo etiam anno idem accidat, tertius & ita deinceps expectari debet: donec alii prodeant, qui solvantur. *d. l. inter 83. §. sacram. vers. quoniam. hoc tit.* Hæc Celsi argumenta sibimetipsi Paulus *in d. l. inter stipulantem. §. sacram. & in dict. leg. qui res 98. §. aream. ff. de solutio.* objicit. Sed hæc longè dissimilia esse ostendit *in dict. leg. inter stipulantem. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. & in d. l. qui res. §. aream. vers. homini autem:* ideoque hanc Celsi sententiam non esse receptam, ut diserte *dict. l. qui res. §. aream. vers. nec admissum est, & in d. l. inter 83. §. sacram. & l. si servus. §. ultim. ff. de adimend. lega.* JCtus testatur.

† Nam si areæ promissæ quid inædificatum fuerit, 56
propterea non erit extincta, quia neque commercio eximitur, neque dari posse desinit, licet auctior & pars insulæ, vel ædificii esse inceperit. Ideoq; nõdũ videri potest ad eum casum pervenisse, à quo promis-

sio nequeat incipere. Nam adhuc promitti potest, cùm ædificium solo cedat. At si servus promissus sit, isque interim liber factus, eo ipso, quo liber factus est, obligatio extinguebatur propterea, quòd in commercio hominũ esse desiisset, nec in eâ causâ ampliùs inveniretur, quâ dari potuisset: & ita rev grâ in eum casum obligatio pervenit, à quo incipere nequit: ut ita semel extincta obligatio vires ex post-facto non recipiat. Ad secundam Celsi objectionem respondet Paulus *in dict. §. aream.* regulam illam, *eandem causam esse liberandi, quæ & obligandi*, procedere, si eadem res sit, quâ liberatio fieri debet, quæ & promissa fuerit: ut si navem, quam promissam mox recluſam rursum construxisti: est enim hæc eadem navis ex iisdem tabulis, eademque carinâ constans; neque aliam erat ob causam resoluta quàm ut restaurares: nec commercio fuit exempta: secus autem, si res alia sit effecta, quàm quæ promissa: si quidem aliud pro alio invito non solvitur. † At si homo 57
servus promissus, deinde liber factus rursus in servitutem rediit, non intelligitur idem homo, qui antè fuit: sed novus aliquis homo servus. Non enim ideo liber factus erat, ut in servitutem reverteretur. Idcoque potiùs similis est isti navi, quam promiseras quidem, sed postea voluntate mutatâ, eo animo recluſisti, ut tabulas, carinam, fundum & omne id, quo constabat, prorsus in aliam mutares substantiã & formam: successu autem temporis, hoc etiam repudiato consilio, constituis ex iisdem tabulis ac fundis resolutis navem: Hæc sanè non prior ista dicetur navis, sed planè nova; cùm semel ex voluntate & destinatione patrisfamiliâs resolutione in solidũ factâ desierint tabulæ partes navis esse: *Anton. Faber lib. 6.*

lib.6.conject.cap.15.per l. proponebatur 76. ff. de judic. l. quid tamen 10. §. in navis. ff. quib. mod. usus fruct. amittat. Ideoq; hæc nova navis non erit in obligatione. Idem in rebus sacris quæ rursum fiunt profanæ, observari oportere: quia planè fiunt res novæ, & à priore conditione dissimiles, respondet *in dict. l. inter stipulantem. §. sacram. vers. & navis hac mente. h. tit.* idem Paulus: ubi hanc quoque rationem addit: quia neque civile neque naturale est, hominis spectare casum, adversamque fortunam: Quare propter hujus spei turpitudinem & inhonestatem impossibile credendum est, hunc hominem liberum factum, unquam in eâ causâ futurum, ut dari possit. Cùm itaq; earum rerum promissio tantùm possit esse in pendenti, quarum licita spes est, ut dari aliquando possint; cæterarum non item: utiq; hujus hominis promissio, interim dum liber est, in pendenti non erit. Tertium argumentum Celsi *in dict. l. inter stipulantem. §. sacram. vers. sed genus.* diluit Paulus, negando quoq; hæc similia esse; tum quia, si fructus promittantur, genus detur, quod interitum ignorat; homine verò promisso, qui pòst liber fit, certæ speciei promissio fuit, quæ perire potuit, & pereundo obligationem finire: tum quia hominis istius stipulatio certa est; fructuũ incerta: tum deniq;, quia magis in pendenti est interim fructuum solutio, quàm obligatio. *l. interdum. h. t.* multoque minùs exstincta. Restat quarta Celsi ratio, quam Paulus *in d. l. qui res. §. aream. vers. diversum dicemus.* attingit. Atqui, dixerat Celsus, si servus mihi promissus ab hostibus captus fuerit, interim videtur extincta obligatio: quoniam res hostium facta est: ideoque nec deberi, nec promitti potest: & perinde est, ac si hominum commercio esset exem-

ptus. *l. Liber homo 103. h. t.* Si verò revertatur, obligatio renascitur, mihique iste servus debetur. Huic Paulus respondet; Imò interim non extinctam, sed in pendenti esse obligationem, utrum reversurus & postliminio in pristinam causam rediturus: eoque jure fit, ut tibi reversus debeatur, ac si semper in civitate civiumque commercio mansisset: quod secus est in cæteris hostium rebus. Ideoq; hæc quoq; nõ similia, ut Celsus putabat, sed dissimilia esse. Quibus diligẽter hunc in modum examinatis, liquet, Celsi opinionem *in d. l. si chorus. §. fin. de leg. 1.* historiæ & intellectus causâ relatam esse, minimè approbatam. Nam eo ipso, quo toties Justinianus reposuit Pauli & aliorum à Celso dissentientium & refutantium sententiam, tot rationibus munitam firmioribus, posuit quoque rejectionem & exterminationem ejus opinionis. Sunt autem non alia levia, quæ conclusioni
58 nostræ adversari videntur. † Initiò occurrit Pauli responsum *in leg. pluribus 140. §. 1. h. tit.* qui apertè fatetur in omnibus isti regulæ locum non esse: Marcellus itemque subdubitanter hanc citat regulam; *Existimo*, inquit, *extinctam videri obligationem: Imò, aut si hoc, ait, verum non est* &c. *in l. existimo. h. t.* Deinde *in l. in ambiguis. §. non est novum. ff. de reg. jur. non est novum*, inquit JCtus, *ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent; licet ille casus existeret, à quo initium capere non potuerunt.* Cui etiam consentit, quod *in §. ex contrario. Inst. de legat.* constitutum est. Canonistæ *in c. factum. de reg. jur. 6.* Factũ legitimè retractari non oportere, licet casus postea
59 eveniat, à quo non potuit inchoari. † Videntur ergo duæ esse è contrario regulę; quarum utramq; aut alterutram oporteat esse falsam: cùm circa idem, ad idem eodem modo duo contraria consistere nequeant.

ant. Repugnare quoq; videtur non parum *l. donationes in concubinam. ff. de donationibus.* ubi traditur, non revocari donationem in concubinam aliámve mulierem collatam, etiamsi nuptiæ sequantur inter donatorem & donatariam: & aliâs inter virum & uxorem donationes etiam ex post-facto irritentur, *l. 1. & tot. titul. ff. & Codic. de donat. int. vir. & uxor.* Sic furiosus testamentum facere non potest: antea tamen factum furore non irritatur. *§. furios. Institut. quib. non est permissum testamentum facere.* Prodigus, cui bonis lege interdictum est, testamentum non facit: quod tamen interdictione habet antiquius, vires retinet, *l. is cui lege 18. ff. qui testament. fac. poss.* Furiosus & insanus matrimonium non contrahunt: cõtractum furor & μωρία non tollunt. *l. furor. ff. de sponsalibus. l. oratione. §. ult. ff. de ritu nuptia.* † Sed ut ex declaratione 60
Pauli *in d. l. pluribus 140. §. 1. h. t.* apparet, distinguendum est inter negotium quod omnibus suis partibus ita perfectum est, ut consummatum intelligatur, nec ampliùs quid sit dandum faciendúmve: an verò ita perfectum, ut tamen adhuc aliquid dari fieríve expectetur, ut & Decius *ad d. l. in ambiguis. §. nõ est novum. ibid. Hieron. Cagnol. num. 2. ff. de reg. jur.* Dinus & Petrus Peckius *ad d. c. factum legitimè. eod. 6.* Donell. *ad d. l. pluribus. §. 1. nu. 7. 8. 9. h. t.* Priore casu non tollitur, etiamsi ad eum casum perveniat res, à quo non possit incipere: quia nihil restat agendum, quod infirmari queat: veluti si donavi: donatio enim nõ est nisi & dederim, & tu acceperis animo doni: & tum nihil amplius agendum dandúmve restat donationis causâ. *l. 1. ff. de dona.* Quod si ergo donavi concubinæ, camq; postea ducam uxorem, non infirmabitur donatio, *d. l. donationes in concubinam. ff. de donat.* sic furiosi & prodigi

testamentum antè ritè rectéque factum ita perfectum est, ut quo ad testatorem nihil amplius restet faciendum: ideoq; ob furorem postea emergentem & luxuriosam vitam interdicto notatam, non infirmabitur, licet nũc fieri non posset, si adhuc faciendum restaret. Sic acquisitam servitutem, quæ jam constituta est, per partem retinemus, licet si constituenda ex stipulatione esset, pro parte constitui non posset: ac proinde interiret: Quippe adhuc aliquid faciendum ex ea stipulatione restaret, nempe ut cõstitueretur: si constituta jam sit, nihil restat faciendum ampliùs, *l. 2. §. 1. h. t.* Si constituta dos non extinguitur, nec dotis actio: si nuptię divortio solutę sint, quanquam sine nuptiis inutiliter constitueretur, *l. 2. ff. de jur. dot.* eoq; spectat *dict. l. in ambiguis. §. 1.* quæ ex tractatu de dotibus desumpta est, *argum. l. in ambiguis 70. ff. de jur. dot. l. 55. in fin. de donat. int. vir. & uxor. l. 45. ff. solut. matrimon.* † Cæterùm si adhuc aliquid dan-
61 dum faciendúmve sit, multum interest, utrùm ipsa res ita afficiatur, ut commercio eximeretur; an verò ut promissio impediretur ob personę conditionem, si nondum promissa res esset: Priore casu, non est dubium extingui obligationem; quia nec jam ampliùs promitti vel deberi posset, ob conditionem ipsius rei; ut si res promissa fiat sacra, vel religiosa, aut publicetur, vel morte incendióve pereat, vel interficiatur, &c. Et de hoc genere hîc agitur. Posteriore casu, non item: ut si promissor ex postfacto furere incipiat, aut bonis ei interdicatur, *d. l. 6. h. t.* & suprà notata suo loco. Sic si stipulanti servitus ad fundum promissa sit, & decesserit pluribus heredibus relictis; non propterea extinguet obligatio; licet unus stipulari non potuisset cõmuni fundo. *d. l. plurib. §. 1.*

§.1. Et vice versa, si promissor servitutis pluribus heredibus institutis decesserit, non propterea extincta erit servitutis promissio, licet singuli pro parte sua præstare nequeant; & difficulter in unum cogantur. Difficultas enim præstationis non liberat, *d. l.2. §.1.h.tit.* † Hinc efficitur, secundùm juris regulam 62
verum esse, extingui obligationem, si res ad eum casum perveniat, à quo incipere non possit: verùm ita tamen, ut hoc de ipsius rei debitæ conditione intelligatur; & negotio nondum absoluto: si verò in hoc attributo & intellectu peccetur; potiùs alteri locum esse regulæ, non continuò interire. Ita ex diversitate rei, causarum, & circumstantiarum, non contrarium jus, sed diversum; non contrariæ regulæ, sed discretæ & diversæ constituuntur, se mutuo explicantes. † Sed nec ad sti- 63
pulationes & legata conditionalia hæc regula spectat, modò talis res sit, quæ vel promittitur, vel legatur, quæ jam dum in stipulationem deducitur, vel testamento datur, sit in communi commercio, nec eo tali causâ eximatur, quam aboleri sperare nõ oportet: *per d. l. inter stipulantem. §. sacram. l. pluribus. §.1. hoc tit.* Itaque rem sacram vel religiosam, aut hominem liberum, sub conditione, non minùs pravè stipularer, quàm purè: per ea quæ suprà in hac conclusione & in cap. de subjecto stipula. disputata sunt. At si fundo meo sub cõditione stipuler viam, eundemq; fundum medio tempore amittam, vel alienem; ut ita in eum casum incidat à quo incipere nequivisset hæc stipulatio servitutis; quia alieno fundo nemo servitutem stipulari potest: antequam verò conditio stipulationis existat, si recipiam fundum meique juris faciam: utique existente stipula-

tionis conditione, seruitus mihi constituetur: quia in ea causa reperitur hoc tempore, quo & purè deberi potuisset seruitus fundo. Nam dum conditio obligationem suspendit, nihil in eâ fuit, quod ex-
64 tinctum videri poterat medio tempore. † Et illud est, quod disertè traditur *in d. l. existimo. h. t.* nempe Catonianam regulam ad conditiones non pertinere: & ab hac regula J Ctus argumentatur ad alteram: *Existimo* (inquit Marcellus, non quòd dubitet, sed pro certo statuat: modestiæ causâ sic J Cti solent loqui, Duaren. & Donell. hîc) *posse id, quod meum est, sub conditione stipulari* (non obstante scil. regula Catoniana) *item, viam stipulari ad fundum posse* (sub conditione scilicet) *quanquam interim* (dum stipulor, & in pendenti est) *fundus non sit meus: aut si hoc verum nō est* (q. d. si hoc, quod modò dixi, verum non esset, certè si) *& alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isq; ex lucrativa causa meus esse cœperit, confestim perimeretur obligatio* (est enim connexū hactenus enthymema, q. d. si mihi non licet fundo, qui nondum meus est, sub conditione seruitutem stipulari; certè illud quoque consequeretur, si alienum fundū sub cōditione stipularer, isq; ex lucrativa causa meus pendente conditione fieret, statim non exspectata conditione infirmari stipulationē, tametsi rursum posset desinere meus esse: Atqui hoc consequens negandum: Ergo & antecedēs, ac proinde valebit stipulatio, si fundo, qui meus non est, sub conditione stipuler seruitutem) *& si fundi dominus sub cōditione viā stipulatus fuerit, statim fundo alienato evaneſcet stipulatio* (q. d. si id, quod me existimare ab initio dixi, verum non esset; certè necessariò etiam largiri oporteret, evanescere stipulationem, si fundi dominus sub conditione viā stipulatus

pulatus fuerit, & pendente conditione alienaverit, etiamsi antequam conditio existat receperit: atqui hoc consequens largiendum non est: Ergo nec illud) *idq; maximè* (si videretur dicēdum, quod tamen minimè dicendum est) *secundùm illorum opinionem, qui ea etiam, quæ rectè constiterunt, resolvi putant, cùm in eum casum reciderunt, à quo non potuissent constistere:* quasi dicat, si illa regula, *ea, quæ initio constiterunt, ad eum casum pervenerint, à quo non potuissent incipere,* esset indistinctè vera, nec falleret in conditionalibus stipulationibus, utique assertio mea corrueret. Minorem passim omittit: sed in vers. *aut si hoc verum non est, & alienum* &c. rectè indicat: quasi dicat, atqui hæc consequentia falsa: nam nihilominus durant promissa, vi pendentis conditionis, quæ non patitur, futuram obligationem extingui: cùm non entis nullæ sint qualitates. Neq; etiam medium tempus cum conditione conjungitur, sed saltem conventionis principium. *l. si alienum. §. 1. ff. de hered. instit.* † Talis ergo 65 syllogismus est *in d. l. existimo. h. t.* si regula, *quod ab initio inutiliter constitutum est* &c. pertineret quoque ad stipulationes conditionales, ut nec rem meam rectè sub conditione stipularer, nec fundo, qui alienus est, sub conditione servitutem; sanè illa etiam regula, *quæ ab initio utiliter constituta sunt, si in eum casum inciderint, à quo* &c. ad conditionales promissiones pertineret, ut quamvis ab initio alienum fundū stipulatus essem, isq; medio tempore ex lucrativa causa meus factus, ac rursum à me alienatus priusquam conditio existeret, non tamē deberetur, tametsi in ea causa reperiatur jam, à quo ab initio consistere potuisset: item si fundo meo stipulatus essem sub conditione servitutem, eundemq; medio tem-

pore alienassem, servitus non deberetur, etiamsi tempore conditionis rursus reperiatur meus, & in meo existat patrimonio. Atqui non hoc dicendum est; nam fundus mihi debetur; servitus debet constitui: cùm medium tempus non attendamus ob id, quòd obligatio nata nondum sit, quæ perimi potuisset, *d.l.si alienum. §.1.ff.de hered.instit.* Igitur nec antecedens dicendum: imò potiùs affirmandum, ad conditionales stipulationes istam regulam non spe-
66 ctare. † Porrò si res alternatim plures debeantur, quarum una in eam causam incidit, à qua incipere nequit promissio, non tota obligatio, sed tantùm, quo ad illam rem, extincta censetur; quo ad reliquam, durat, donec & illa perimatur, seu in eâ causâ, qua promitti potuisset, desinat consistere. *l.si Stichum 16.ibi Cujac.l.si duo 128. §.1.h.t.l.si in emtione. §.si emtio.ff. de contrahen. emt. l.si servus 24. ff. de action. emt.* de qua re alio loco.

VIII. CONCLUSIO.

67 *SI † qua res ob causam lucrativam promissa stipulatoris ex causa lucrativa facta sit, extinguetur obligatio.*

Linter stipulantem 83. §. si rem quam. ubi Jason l. existimo 98. vers. isq; ex lucrativa causa. h.tit. l.omnes 17. l.seq.ff. de obligat. & action. §.sed si rem. Instit. de lega. l.non quocun-
68 *que modo. §.fin. l.hujusmodi. §.si Titius. ff. de lega.1.* † Perpetuum prope est, ut duæ lucrativæ causæ in eadem personâ ac re concurrere nequeant. *d.l. omnes debitores 17. l.seq.ff. de obligat. & actio. ibi Bart. & in d.l. inter stipulantem 83. §.si rem quam. ibid. Jason. num.1. Anton. Faber lib.2.conjectur.cap.15. Donell.ad l.si Stichum 16. & ad d.l. inter stipulantẽ 83. §.si rem quam.h.t.* At, dixeris, cur idem non

non dicetur, si sine lucrativâ causâ, & cum onere res stipulatoris facta erit? An non res ista in eum casum pervenit, à quo ejus promissio, præsertim pura, incipere non potuisset? † Quod enim meum est, 69
ampliùs meum fieri nequit; nec mihi res mea rectè promittitur, *l. neque pignus. ibi glos. & interpp. ff. de reg. jur. l. nemo 82. l. nemo 57. h.t.* An non ergo obstat regula Catoniana; *ut quæ ab initio quidem utiliter constitutæ sunt, si in eum casum inciderint à quo incipere non potuissent, evanescant? §. 2. Inst. de inutil. stipul.* Certè ita dicendum primâ fronte videtur. † Sed cùm non absolutè 70
prohibeat rem meam stipulari etiam purè, sed in eum tantummodo casum, quo mea sit, non etiam precium, non etiam possessionem, vel quoddam aliud jus: ideo etiã fit, ut ex post-facto, si mea, res promissa fiat, non indistinctè obligatio pereat, sed salva adhuc maneat, si ejus rei, propter onerosam acquisitionem, pretium mihi absit: pereat verò tum tandem, si & rem habeam, & pretium mihi non absit. † Cui pretium abest, ipsa res abesse videtur, *l. 14. ibi* 71
annota. ff. de verbo. signif. non semper contrà; *l. tantùm quisque. ff. eod.* Ex lucrativâ autem causâ si rem habeam, nihil dici potest mihi abesse: si verò ex onerosâ causâ, utique aliquid abest, quod habere debebam. Quare regulæ isti Cátonianæ locus est in acquisitione lucrativâ, non etiam onerosâ? eaque sententia communis perhibetur, *per d. l. omnes. l. seq. ff. de oblig. & actio. d. l. inter 83. §. si rem quam. h.t. similesq; textus.* † At huic contrarium videtur, quod *in l. si Stichum 16.* 72
ff. h.t. respondetur: *si Stichum aut Pamphilum debeas, & Stichus meus factus sit ex aliqua causa, reliquum mihi debe-ri:* ubi inter causam onerosam & lucrativam non distinguitur, adeò ut licet postea desinat meus esse,

non tamen vires recipiat obligatio in Sticho, sed extincta permaneat, *l. qui decem. §. Stichum. ff. de solution.* & saltem, quo ad Pamphilum duret, *d. l. si Stichum 16. d.l. qui decem. §. Stichum. l. non quocunque. §. ult. l. hujusmodi. §. si Titio Stichus. ff. de lega. 1.* modò uterque non sit alternativè sub conditione promissus. *Cujac. ad d.l. si Stichum 16. h.t. per d.l. existimo. h.tit.* Sanè glossam parvulam (ut loquitur Æmil. Ferret. Bartol. Castrens. Jason, Donell. secuti *in d.l. si Stichum 16. h.t.* existimant, in hoc differre alternativâ stipulationem à simplici & unius rei stipulatione: ut in distinctè ea res obligatione eximatur, quæ facta est stipulatoris tam ex onerosâ, quàm lucrativâ causâ, ut nimirum ea ampliùs solvi non possit: sed reliquum, hoc est Pamphilum dare teneatur promissor. Nam reliquum illud est, quod altero deducto & subducto restat: Et certè pro hac sententia facit generalitas responsi *in d. l. si Stichum.* Facit quòd alter sub alterius conditione est in solutione, ut Antoni. Faber *lib. 2. conjectur. cap. 15.* loquitur. Quamprimum ergo alter eorum factus est stipulatoris, quia desiit perinde esse in conditione solutionis, ac si periisset: intelligetur reliquum saltem supereresse, qui solvi possit & debeat, eumq; in obligatione mansisse. *argum. l. Stichum 95. ff. de solutio.* Contrà Cujac. & Æmil. Ferret. credunt, & hunc locum *in d.l. Stichum 16. h.tit. ex d.l. existimo. d.l. inter. §. sacram. §. si rem. h.tit.* cum distinctione inter onerosam & lucrativam causam accipiendum esse. Bona enim occasio est, ut quod uno loco imperfectiùs, vel obscuriùs dicitur, illud ex altero exaudiatur. Sed & regula de lucrativa causa generalis est, *in l. ex promissione 19. ff. de oblig. & actio.*

73 † Et stipulatio à pluribus pro lucrativâ causâ habetur,

betur. Concludunt itaq; si ex onerosa causa Stichus fiat stipulatoris, tum precium Stichi adhuc manere in in obligatione, præter Pamphilum, ut alterutrum non solùm solvi, sed & peti possit. † Verùm 74
hæc sententia frequentiore calculo reprobata est, mihiq; prior, ut communior, ita verior videtur. Etsi enim cum Donello *in d.l. si Stichum 16. in fin.* & aliis interpp. hoc libenter largiamur, liberum manere, utrum promissor malit precium Stichi, aut Pamphilum solvere, *l cum res. §. sed si Stichus. ff. de lega. 1.* ne facultatem eligendi debitor hoc modo videatur amisisse alieno facto, quod habet beneficio constitutionis, *l. pen. C. de condict. indeb.* vel conventionis, *l. si duo 128. §. 1. h. t. l. plerumq; ff. de jure dot.* tamē Stichi æstimationē in obligatione esse, haud fas est dicere, *arg l. vinum ff. de reb. cred. si cert. pet. a. l. quicquid 99. h. t. & quæ ad l. 14. ff. de verb. signif. sunt annotata.* Hoc enim solū debetur, quod promissum est, *d. l quicquid 99. l. 1. §. verbis. l. 3. ff. de oblig. & act.* † Idq; etiā solum, non aliud peti po- 75
test, etiamsi constet, amplius dari non posse, *d. l. vinum. cum ibi nota. l. 3. l. ult. ff. de tritic. codict. §. 1. Inst. de action.* ut suprà quoque *in cap. de effectu obligat.* admonebamur. Atqui solus Stichus aut Pamphilus, non etiam aut Stichi precium, aut Pamphilus promittebatur. Non ergo precium Stichi in obligatione est, neque peti potest. † Nec facessit negotium, quod pre- 76
cium loco rei succedat, *d. l. 14. de verb. signif.* quod quomodo accipiendum sit, ibidem docetur: Succedit enim in subsidiū, non jure obligationis, & petitionis nisi in universalibus, sed officio judicis, aut quo ad id, quod interest; vel saltem solutionis gratiâ. Et hoc ideo ita receptum est, ne videatur obligatio aliqua ex post-facto mutationem pati, aut aliud compre-

hendere, quàm initiò cœpit: cùm obligationum substantias non ex eventu, sed initio conventionis æstimare & distinguere oporteat. *l.8.ff.mand.*

IX. CONCLUSIO.

77 *PRæscriptione †, pacti de non petendo, transactionis, compensationis, legatæ liberationis, rei judicatæ exceptione, quin etiam enervari queat, nulla dubitatio est.*

Per tot. tit, Inst. de perpet. & tempor. præscript. l. 2. l. 3. l. 4. & tot. tit. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. per tit. de except. rei jud. per l. 2. l. 3. l. 4. l. 6. l. ut responsum. l. nõ minorem. C. de transactio. l. 1. l. 2. l. 4. l. 5. l. 9. l. pen. ff. eod. l. 5. C. de pact. l. si accepto 19. ff. de acceptila. l. 2. l. 4. l. 5. l. si ambo 10. §. fin. l. pecuniã

78 *15. ff. de compens.* † De præscriptione etiam suprà diximus, ostendentes hanc actionem esse perpetuam, ita ut non paucioribus, quàm 30. annis præscribatur. Eo verò tempore elapso, non est dubium quin ex-

79 ceptio petitori obstet. † Pacti quidem vis non est, ut stipulationem tollat: & æquũ est, ut id servetur quod placuit. Si itaq; convenit ne petatur, defendetur reus, non tanquam ipso jure liberatus ab obligatione, sed ope exceptionis, *l. & heredi. §. fin. & aliquot seqq. ll. l. si unus 27. §. pactus ne peteret. §. si cùm decem. §. seq. §. si*

80 *acceptilatio. ff. de pact.* † Transactio autem non solùm fit pacto, *l. 1. l. 2. ff. de transact.* sed & Aquilianâ stipulatione & acceptilatione intercedente. *l. 4. l. 5. l. pacto 15. ff. de transact.* Ideoq; per transactionem sæpè contingit liberatio à stipulationis obligatione ipso jure, ut agenti objicere liceat, *tibi nulla competit adversus me actio:* quia Aquilianâ stipulatione; quia acceptilatione trãsactionis placito subdita, est penitus extincta

& sub-

& sublata *per d.l.4. & d.l.5.d.l.pacto 15.ff. eod.l.4.l.6.l.ut responsum.l.sive 28.l.ubi pactum 40.C.de transactio.* † Sic etiam fidejussor compensare potest id, quod debet non solùm ipse, sed & quod reus principalis. *l.4.ff.de compens.* & in tantũ locus est compensationi circa stipulationes, ut etiam in stipulationib. prætoriis procedat, tametsi instar actionis habeant. *l.si ambo 10.§. fin.ff.de compensa.* † Si tamẽ duo rei promittendi sint, alter compẽsare nequit, quod alteri correo debetur à stipulatore, nisi socii sint, *l.si duo 10.ff.de duob.reis.* Nãtum demùm videtur suum quoque creditum compensare propter jus communionis. At si socii non sint, nihil videtur objicere, quod ad suã obligationem minuendam faceret; nec alter, cujus creditum est, potest dici conventus: quia non istius, sed hujus obligatio in litem deducta est. Quod ideo secus in fidejussore est, ut possit & rei principalis & suũ creditum compensare, quia revera etiam rei principalis obligatio per hanc accessoriã in judicium venit: cùm huic locus non esset, quatenus & in quantum illa appareret sublata. † Deniq; omnibus debitoribus, atq; ita etiam promissoribus rectè liberationẽ legari, in *l.1.l.3.l.7.ff.de libera.lega.* traditum est. Quare huic legatario nõ solùm datur actio ex testamento, ut sibi acceptum feratur id, quod liberationis gratiâ legatum est, *l.2.l.5.in prin. & §.1.l.6.§.1.l.7.§.1.§.2.ff.de libera.lega.* adeò ut hæc liberatio quoq; ad fidejussorem extendi debeat, *d.l.2.d.l.5.in prin. & §.1.d.l.non solùm 7.§.1.ff.eod.* tametsi liberatio fidejussori legata ad reum principalem non extendatur, *d.l.2.* verùm etiã exceptio competit liberationis legatę in factum, aut doli mali, ex testamento, *l.3.§.1.§.2.§.3.l.si quis 15.l.Aurelio 20.ff.de libera.lega. Anton.Fab.lib.4.conject.cap.18.* 81 82 83

X. CONCLUSIO.

84 *SI † quoq; reus principalis sine fidejussoris consensu terminum obligationis prorogaverit, vel in longius volente stipulatore porrexerit, fidejussor quidem de eo non erit obligatus; quod postea acciderit, seq; exceptione defendet: prioris tamen debiti vinculo constrictus permanebit.*

l. si cùm Hermes. C. loca. ibi Dd. l. qui Romæ 122. §. 1. h. t. Lauren. Kirchov. tomo 3. inter consilia Francof. edita Ctorũ variorum consil. 28. nu. 19. Marian. Socin. cons. 21. vol. 1. Hieron. Schurf. cons. 35. cen. 2. Johan. Petr. Surd. cons. 345. nu. 6. & Camill. Borrell. cons. 11. nu. 19. & seqq. Veluti si quis fidejussit pro ædium conductore, in quinquennium: tantum de hoc quinquennio manebit fidejussor obligatus: at si in cõductione finito quinquennio, perseveraverit reus principalis consentiente locatore, ignorante vel contradicente fidejussore, de sequentibus annis non erit fidejussor obligatus, *d. l. si cùm Hermes. ibi Johan. Sichard. l. item quæritur. §. qui impleto. ff. loca Jas. ad l. 1. nu. 18. C. de judic. Mynsing. obs. 53. cent. 6. num. 3. 4. 5.* Neque verò potest videri in hanc novam conductionem fidejussisse, qui illi non consensit. Sic, si pro eo, qui mille debebat, fidejussi; cùm certo die reddere deberet: & is paratam pecuniam haberet, vel non haberet, tu prorogasti ei terminum solutionis, meo periculo amplius non erit ex eo die, si solvendo non fiat, nisi consenserim. *Dd. in d. l. cùm*

85 *Hermes. & in d. l. qui Romæ 122. §. 1. h. t.* † Multò minus teneri debeo, si cùm ex stipulatione aut depositi, vel commodati, aut mandati causâ deberet, tu brevi quasi manu ei concessisti mutui causa, *juxta l.*

singularia

singularia.ff.de reb.credit.si cert. petat. Est enim instar novationis; quia novus est contractus, cujus gratiâ minimè fidejussi. Quod ergo juris erit circa veram novationem, *per l.novatione 18.ff. de nova, l. ubicunq; 60. ff. de fidejuss.* locum quoque sortiri debet in hac contractuum mutatione ex ipsa re eveniente, per *d.l.ubicunque. & d.l. qui Romæ 122.§.1.d.l. cùm Hermes. ubi Dd.*

† Sed & si quæ alia, vel legitima, h.e. lege constituta 86
aut similis est conventio temporalis, pro qua fidejussor intervenit, finito tempore finitur fidejussio, quo ad id, quod postea acciderit. *arg.l.si filiusfam.de tutel. & ration.distrah.ibi Bald.Hippoly.de Marsiliis de fidejuss.nu.110.*

XI. CONCLUSIO.

F Idejussor † judicio sisti, & judicatum solvi, li- 87
beratur finitâ instantiâ, vel mutato foro reire adhuc integrâ, h e. dum judicium nondum acceptum est, neq; prorogatum.

Per l.2.ff. jud.solv.l.si servus.ff. de diverf. & tempor.præscript.c.1.ext.de cleric.cõjug.6.c.tuam.ext.de ordin. cognit.c. lator.ext. qui filii sint legit.c.si judex.de senten.excommu.in 6.Bartol. ad l. Græcè 8.§. & post litem.ff.de fidejusso. & in l. cùm apud.ff.judica. solv.Hippol. de Marsil.d.tract.de fidejuss. nu.109. & 110.cum seqq. † Hac occasione hîc quæritur, 88
sententiâ latâ in fidejussorem, an eam in reum principalem, & vice versa judex sine novo processu exequi possit? Obtinuit in fidejussore, judicatum solvi, sententia affirmativa; non etiam in contractuum cæterorum fidejussoribus: ut satis plenè ostendunt glos. & Cynus ad *l.fin.C.de usur.rei judic.* Andr. Geil. *lib.1.obs.113.n.12. & 17.Mynsi. obs.96. cent.1.* Bartol. *ad l.1.ff. judic.solv.* quò me brevitatis causâ remitto.

XII. CONCLUSIO.

89 *Confusione †quoq; in eadem personâ accidente extinguitur obligatio, sive confundatur in stipulatoris personâ, sive in personâ debitoris.*

l. Stichũ. §. aditio. §. quod vulgo. l. si duo 93. §. ult. ff. de solution. l. 5. l. cum reus 14. l. heres 21. §. ult. l. Granius 71. ff. de fidejussorib. l. debitoris. C. de pact. ubi Donell. † Naturâ enim impossibile censetur, ut quispiã sibi ipsi sit & debitor & creditor: sit sibi ipsi fidejussor & principalis: *arg. l. frater à fratre. cũ ibi not. à Jaso. Hottom. & Cujac. ff. de cõdict. indeb. l. pen. ff. de recept. arbitr.* Ideoq; si in personâ debitoris vel creditoris obligatio confundatur, puta quòd creditor debitoris beres existit, vel contrà; si in solidum, solidâ quoque confusione tolletur: si pro parte, pro hac etiam parte sublata erit. Si verò fidejussor heres existit principali debitori, aut contrà; principalis durabit obligatio, & infirmior, fidejussoria scil. extincta putabitur, vel certè sine usu erit, *d. l. heres 21. in pr. & §. fin. d. l. 5. ff. de fidejusso.* Meritò enim ea qualitas, quæ potentior est, attenditur. Potentior autem est principalis, quàm accessoria obligatio, *d. l.*

91 *5. & §. nec enim. ff. de fidejuss.* † Hinc est, ut confusio obligationis in personâ debitoris vel creditoris dicatur pro solutione esse, & solutionis vice cedere. *d. l.*

92 *Stichum 95. §. aditio. ff. de solution.* † Et fidejussor succedens debitori nequeat uti beneficio excussionis & divisionis, *Hippoly. de Marsil. in d. tract. de fidejuss. n. 20.* sed inventarii, *l. fin. C. de jure delib.* & separationis bonorum: quo & debitor uti posset, si fidejussori successisset, petente aliquo alio quid, de quo fidejussor defunctus dicitur obligatus, *l. 3. ff. de separationib.*

FINIS.

INDEX RESPONSORUM ET CONSTITUTIONUM, SPARSIM IN CORPORE JURIS JACENTIUM, QUIBUS LUMEN quoddam illatum est.

Ex Digesto vetere.

L. 7. de justit. & jur. 110. 22, 111. 22

L. divus. 14. de offic. præsid. 746. 117, 118, 747. 119, 120

L. 2. §. 1. ff. qui satisda. cog. 729. 60, 61, 62, 1178. 143.

L. 3. eod. 1178. 143

L. 4. §. fin. si quis caut. judic. 184. 71, 185. 73

L. 1. de pact. 119. 27

L. 2. eod. 80. 68

L. 7. §. 1. §. quinimò. § §. seqq. eod. 884. 76. *usq; ad* 888. 80

L. si unus 27. de pact. 1188. 9, *usq;* 1196

L. 5. de nego. gest. 150. 11, 151. 12

L. atquin. 19. § si libero eod. 735. 83

L. 16. §. 1. de minorib. 215. 138, 217. 139, 140

L. 7. de dolo mal. 209. 129, 212. 135, 213. 136, 137

L. 9. eod. 206. 123

L. qui restituere de rei vindic. 995. 60, 999. 68

L. 8. de usufr. ear. rer. quæ. 603. 228

L. venditor. 13. commun. prædio. 861. 31.

L. certi. 9. de reb. cred. si cert. pet. 609. 239, 240, 241, 1119. 9. *usq;* 1124. 20.

L. singularia 15. eod. 359. 67

L. si ego. 18 eod. 145. 7, 8, 145. 8, 147. 8, 148. 9, 10

L. vinum. 22. eod. 1150. 89, *ibid.* 92, *usq;* 1165. 112

L. lecta. 40. eod. 865. 58. *usque* 874. 66

L. servo. 58. de condict. indeb. 946. 191

L. in re 8. de condict. furt. 1161. 107

L. pen. l. ult. de tritic. condict. 1151. 92, *usq;* ad 1165. 112

L. Titius. 24. de constit. pecun. 251. 200

L. in qui. 13. §. si libero. commod. 735. 83.

L. si cum venderet. 13. de pigne. actio. 1096. 47.

L. Papinianus. 28. mãda. 1022. 119, 1026. 126

L. si mandatu. 45. §. fin. eod. 367. 91, 369. 92, 94

L. 3. §. ult. pro socio. 218. 142

L. 9. §. 1. ll. seqq. l. 14. de contrah. empt. 163. 30, 31, *usq;* 169 38

L. si in emptione. 34. eod. 154. 18, 19

L. cùm ab eo 41 §. fin. eo. 175. 46
L. Labeo. 45. eod. 174. 43, 44, 45
L. 2. §. illud potest. de hered. vel actio vend. 535 101
L. 3. de rescind. vend. 887 79
L. 6. §. 1. de act. empt. 985. 47. 48
L. ex empto. §. si quis virginem. eod. 227. 147
d. l. ex empto. §. qui autē. vers. sive stipulatio. & §. Cassius. eod. 442. 268
L. Julianus 13. § si venditor. §. per contrarium eod 202. 116, 222. 144. & §. si quis colludente. 202. 117, 223. 145
L. si sterilis. §. quāvis. eod. 167. 37, 170. 38, 171. 38, 172 39, 40. 173. 41, 42, 43
L. quæro. 52 locati 304. 71, 306. 73. 1171. 128, 1172. 128, usq; 1177. 140
L. mora. §. & non sufficit. de usur. 1143. 71
L. 12. §. 1. de jur. dot. 203. 118. 119, 225 146
L. ea quæ. 57. de donat. int. vir. & uxor. 248. 194

Ex infortiato.

L. penult § mulier. solut matri. 181. 64. & seqq. usq; 182. 69
L. 4. §. fin. de fide jus. & nominato tut. 344. 23
L. 1. de curato. furios. prodig. 762. 153
L. 8. de lega. 1. 313. 85
L. planè. 34. §. sed si non corpus eod. 1. 1034. 140, 141, 142
L. sed si res 40. eod. 1. 549. 118, 551. 119
L. mortuo 49. § 1 de leg. 1. 543. 112, usq; 551 120
L. 84. §. qui servum. de lega. 1. 207. 126.
L. 104. ab omnibus. §. etiā. eod. 1. 510 48, 49, 50, 511. 51, 52
L. filiusfam. 114 §. si quid alicui eod. 1. 545, 114. usq; 551, 120
L. fideicommissa. 11. § si servo. de lega. 3. 543. 112, 451. 120, §. fin. 973 21, 989. 54, 55
L. chorus 79. in fin. de leg. 3. 1210. 55, 1211. 56
L. non solum. §. tale. de libera. lega. 1043, 1044 1045. 165
L. 1. de pen. lega. 356. 58, 59, 60, 61
L. si penum. 24 quand. dies legat. 356. 58, 59, 60, 61
L. cùm illud. 25. §. 1. eod. 799. 249, 800 249. 801. 250, 251
L. 21. ad leg. Falcid. 802. 254, 803. 255.
L. 64. ad SC. Trebellia. 803. 256

Ex Digesto novo.

L. hereditatem 28. de donation. 990 56. 991 57 58
L. donationes in cōcubinam 31. de donat. 1215. 59, 60
L. Seja. 42. de dona. mort. caus. 848 31, 850. 32, 33, 851 34
L. cum in corpus. de acquir. rer. domi. 145. 8, 146. 147. 8
L. 13. in fin. de re jud. 977. 30. 31
L. 2 §. circa. de dol. mal. except. 183. 70. usq; 189. 79
L. 1. §. si id quod. de oblig. & act. 493. 8.
L. non figura 38. eod. 249 195
L. obligationū ferè 44. eod. 355. 55. usq;

35. usq; 358. 66, 949. 196. usq; 954 204
L. 52. ff. re & verbis. eod. 355 52
L. 1. in princ. de verb. oblig 769. 172
§. qui præsens. 269. 12. 13, 272. 16
§. si quis simpliciter
§. cum adjicitur. 285 36.
§ stipulanti. usq; 321
§. ult. 86. 73, 101. 1. 2. 3. 121 30
L. 2. §. 1. §. si tamen §. ult. eod. 617. 267. usq; 663. 350, 1187. 4, 1063. 198, usq; 1073. 221
L. 3. 616. 617. 267, usq;
L. 4. 663. 350. 1063. 198,
§. Cato usq; 1073. 221
§. fin. 86. 73, 240. 173, 241. 174. 175, 263 2, 3, 4
L. 5. eod. 338 8, 402. 167, usque 473, 336
§ stipulatio autem. 90. 81, 82, 83, 84
§ satis acceptis. 339 9, 340. 12, 13, 341 14, 15
§ final. 662. 348, 1063 198, usq; 1073 221
L. 6. 748. 121, usque 767, 165
L. 7. 939. 180, 942. 184, 944. 189, 190, 946. 191
L. 8. 924. 149, 930. 165, 166, 932. 166, 949. 195, 1038 148
L. 9. 943. 186. 187, 947. 192
L. 10. 931. 166, 932. 166, 1039. 148
L. 12. 953, 201
L. 16. de verb. oblig. 927. 156. 928. 158, 987. 72
L. 18. eod. 1032. 136. & seqq.
L. 20. 947. 192
L. 21. 178. 54, 185 72. 186. 73. 76
L. 22. 156. 20, 157 21, 22, 160. 28. 162. 29, 175 47, 177 52
L. 23. 1126. 23, 24, usq; 1147. 80
L. 25. 1032. 137 & seqq.
L. 29. 594. 209, 210, 395. 211, usq; 598. 219
§. fin. 314. 58
L. 34. 543. 112, usq; 552. 121
L. 35. 504. 32
§. 1. 253. 202
L. 36. 194. 91, 92, 195. 93, 195, 94, 196 95
§. idem est. 253. 202
L. 38. & §. 1. 581. 184, usque 594. 1036. 145, usq; 1045. 164
§. quæsitum. 493. 10, 11, 494. 12, 13
L. 41. §. 1. 1145. 77
L. 43. l. 44. 933. 169, 934. 170. 171
L. 45. § 1. 1110. 72
§ non solum. 926. 151
§. ult. 253 202
L. 46 § fin. 925 150, 151
L. 48. 932. 167, 168
L. 49. 711. 7
L. 50. 589. 198
L. 51. 494. 12, 1135. 45
L. 52. 859. 47, 897. 92, usq; 910
L. 54 § operarum. 975. 26. 993. 59, 1003. 74
L. 55. 1087. 25, 26
L. 56. § 1. 584. 193
§ qui sibi. 1087. 25, 26
L. 58. 596. 213
L. 61. 515. 60, 61. 520. 72, 73
L. 65. §. 1. 153. 17, 318. 93
L. 66. 805. 262

L.68. 978.31
L.72.& §.1. 618.269,usq; 663. 350, 978. 30, 982. 41, 1063. 198, usq; 1073.221
L.74. 598.220,usq; 614.255
§.illud. 607.608. 238,612. 245
§.qui verò. 612.246,247
L.79. 583.191
L.81. 979.32, 980. 33,34, 35. 981.36
§.1. 980.35.981.36
L.83. 381.184,usq; 485
§.si stipulante. 299.62,314. 86
§.sacram. 1209.52,1210 54, usq; 1217.63
L.84. 1003.73
L.85.§.fin. 970.11
L.86. 595.211,212
L.88. 596.213
L.89. 606.235
L.91. 1126.25,1128.32,usque 1147.80
L.96. 1129.35
L.97.§ possum. 1059.192
L.98.§.1. 1213.64,1219.65
L.101. 806.263,usq; 814.281
L.103. 505.38,usq; 512.52
L.107. 574.171,949.194
L.109. 300.63
L.112. 953.200
§.1. 981.39,982.40,41
L.114. 1166.117
L.115.§.item si quis.eod. 355.55
L.120. 309.79.310.80,314.88
L.122.§.coheredes. 1142.68
§.Seja. 1142.68.69,1202.35
§.Agerius. 1051.177,usq; ad 1060.193
§.ult. 1203.39,usq;1207.48
L.126.§.Chrysogonus. 104.6, 109. 20,113. 24,115. 24,94. 24,290.52
L.127. 796.244,797
L.130. 1094.41,1095. 45.46, 1097.48
L.131. 585.193
L.132. 517.65
L.134. 575.173
§.idem respondit plerumq; 879.69
§.fin. 596.214,597.217
L.135. 880.70
§.Seja. 876.67,877.68,878. 68
L.136. 153.17
L.137. 269.12.usq; 276.20
L.140.§.1. 597.218,219,928. 158, 1214. 58, 59, 1215. 60, 1216. 61,& seqq. 1218. 64, 1219.65
L.141.§.fin. 1086.25,1087.26, 1088.28,29
L.6.§.fin.de duob.reis. 270.13, 273.16,17,18
L.si ex duobus 12.eod. 270.13, usq; 276.21
L. si servus communis.§.si servus. de servor. stipul. 930. 162
L.servus 16. de servo stip. 1103. 61
L.si ex re 28.§.fin.eod. 1103.61
L.servus 35.eod. 1103.61
L.si communis 37.eod. 1100.55, 56.1102.57,58
L.8.§.illud. de fidejusso. 307. 74.75.308.76,77,78
L.fidejusserib.17.eod. 1026.126
L.Mar-

L. Marcellus 25. eod. 751. 131, 752. 132
L. cùm is, qui 36. eod. 1022. 119, 1024. 121, 122, 1025. 123, 124
L. amissi 52. §. fidejussores. eod. 1178. 142
L. si quis pro eo 58. in princ. eod. 571. 166
§. 1. 253. 262, 712. 70
§. sinummos. 1178. 144
L. 1. in fin. de novat. 797. 245, 246. 798. 247, 248
L. 6. §. 1. & *L. 7 de novat.* } 354. 51, 52. 355. 53
L. 8. § 1. eod. 441. 266
L. 9. eod. 442. 267
L. aliam 29. eod. 361. 70, 71, *& seqq.*
L. si rem 31. §. si duo. eod. 1189. 9, *usq;* 1196.
L. 8. in prin. de acceptil. 252 201 *§. fin.* 107. 17, 123. 33, 124. 34. 35
L. cùm Stichum 29. de solut. 626. 290, 627. 628. 290
L. 1. de prator. stipula. 426. 231, *usq;* 438. 302
L. ult. rem rat. habe. 445. 271
L. 10. rem pupil. salv. for. 1179. 145
L. 2. de interdict. & releg. 717. 29, 721. 30
L. notionem 99. de verb. signif. 408. 180, 181, 182, 183. *& seqq.*
L. cedere diem. eod. 1047. 169, 1049. 174
L. plus cautionis. de regul. jur. 457. 299
L. in jure civili 161. eod. 970. 11

Ex Codice.

L. 1. de pactis. 496. 15, 16, 17
L. petens. de pact. 874. 66
L. si certis. eod. 895. 90
L. 6. si cert. pet.a. 187. 78, 880, 71, 72, 882. 73, 74
L. 5. de rescindend. vendi. 204. 120, 121, 205. 122, 227. 148
L. si genero 26. de jur. dot. 1094. 43, 44, *& seqq.*
L. si pater 7. de pact. cõven. tam super dot. 1095. 45
L. 1. l. 2. ne fidejussor. dot. den. 666. 360 *usq;* 679. 392
L. unic. uti posside. 452. 289
L. 3. de ex. eption. 851. 35
L. fin. de fideicom. libert. 999. 68
L. 1. de contrahen. & commit. stip. 247. 191, 250. 196
L. 4. eod. 711. 4
L. 9. eod. 556. 127, *usq;* 571
L. veteris. eod. 1036. 145, 147, 1039. 150, 151, 1040. 152
L. 2. de inutil. stipul. 575. 173
L. pen. eod. 711. 6
L. ult. eod. 711. 5
L. auth. hoc ita. de duobus reis. 1028 131. *& seqq.*
L. bladitus 12. de fidejuss. 280. 28
L. sancimus. §. penult. de donatio. 929. 161

Ex Novellis.

Novell. 4. 1019. 9. *& seqq.* 1028 130, 1030. 132, 133
Novell. 22 cap. 8. 712. 13, 14, 713 15
Novell. 99. 396. 160, 1028. 131, 1030. 832, *& seqq.*

Novell.117.cap.1. 725.44.& seqq.727.54

Ex Institutionibus.

Tit.de divis.stipula. 400.163, usq; 473.336
§.2.de inutilib.stipula. 552.122
§.preterea.eod. 285.38,287. 39,291.47,301.68,371.97; 373.103,374.104,105
§.de cõstituta.de actionib. 106. 13,108.19
§.fuerat.eod. 843.27,28,847. 28,853.36.

Ex Julio Paulo.

Sentent.5.tit.7. 96,92

Ex Canonib.

6.per vestras literas. de donat. int.vir. 678.389,390,391

INDEX

2511917 B D

INDEX VERBORUM ET RERUM.

A

Ablativi absoluti, etiam preteriti temporis, verificantur de presenti. 1074.122

Acceptilatio an & quatenus tollat obligationem, cõsensu, re, literis facta. 23.34. non est contractus. 82.51. nec stipulatio. 1197.19 est liberatio. 82.83.77. usus acceptilationis. 123.83. utrum acceptilatio sit juris gentium. 124.94. 35; 125.36. tollit obligationem verborũ. 1196.17,18, & seqq. est q; simplex vel Aquiliana. 1197.20,21,22, 1198.23. & totã & partẽ possumus acceptam rogare. ibid.23. at non etiã pars vix vel utinerũ. 1199.25. est actus legitimus. ibid.26. quinam possint acceptilationẽ rogare vel facere. ibi.27

Accessorium quid. 337.5. non dat firmitatem principali. 339.9

Accessio, quam varie accipiatur. 954 202. cui fiat. ibid. 203. accessio stipulationis esse potest, & quid sit. 949 190

Accusationis instituendæ, vel omittenda causa, an & quando stipulari ac promittere liceat. 556.127, usque 571

Acetum quid, & utrum vini nomine contineatur. 164.37

Actus stipulantis & promittentis erit continuus. 266.7. & quare. 266.8, 9,10, 267.11. quem impediunt intervallum longius & peregrinum negotium. 269.12,13, 271.14,15. actus extraneus vel continuus quis sit: ibid. & 272.16, usq; 277. 22. an sit continuo impedimentũ aliquid, in facto cõsistit magis, quam in jure, & arbitrio judicis cõmittitur. 277.22

Actio censetur mobilis, vel immobilis prout subjecta. 616.272. actio bonæ fidei & stricti juris, quomodo & unde differant, quid sint. 834.2. 835.3,4. usq; 854. nec hæc differentia jure Canonico est sublata. 841.18,19, 842. 20, 22, 843. 22,24. nec pactis à contrahentib. tollitur. 844.25. nec actio stricti juris fit, vel efficitur pacto vel exceptione doli mali, ut sit bonæ fidei. 846.28, 847.29, 848. 30,31, 849.31. actio de dote est bonæ fidei, & quare. ibid. 28, 853. 36 actio utilis datur contutori solventi. 1026.116, 1027.126. & correo. 1031.133. actio popularis ex parte rei statim admittit fide jussorem judicio sisti & judicatũ solvi, non autem ex parte actoris ante litem cõtestatam, & quare. 680. 396, 681. 397, 400. actio stricti juris nascitur ex stipulatione. 1116.1. stricti juris actio ex accidenti fit arbitraria. 1118.7. in actionem ex stipulatione quid veniat. 1125. 21, 22, usq; 1169. 123. est perpetua, datur q; heredi & in heredem. 1181.148. actio redhibitoria, quatenus est emti actio, censetur bonæ fidei. 1133. 40. actio ex testamento comparatur actioni bonæ fidei. 1135.44

Actor cavebit reo hũ rebus recte præstari 417.208, usq; 419.213. item de persequendo & restituendo. 420. 215, 216, 217, 218. & quid si ex contractu agat. ibid.219

Adjunctum quoddã inest, quoddam adest, vel inhæret &c 829. proprium quoddam est, quod essentiale, sive substantiale censetur immutabile. 841.27. adjuncti vitium non obest subjecto. 154. 18. adjunctum quid sit. 337.5

Adjectum vel detractum stipulationi, an & quatenus eam vitiet. 235, 36,37, 250. 38,39, 257. 40. quomodo in re fiat. 288. 40. adjectio vel de-

tractio qualitatis, & qua ejus exempla. 288. 41. utrum firmetur ex eo, quod illico placuit. 289. 44, usq; 290. 46, & 291. 48. item quantitatis. 296. 55. usq; 314. 86. adjicitur & detrahitur id tantum, quod pars sit stipulationis. 297. 57. si corpus vel species detrahatur, an reddatur vitiosa. 314. 86, usq; 316. 89

Ad diē stipulatio quid, qua ejus natura. 914. 123

Adprobatio diversa responsionis, an novam constituat stipulationem. 318. 94, 95. exprimitur quovis modo. 320, 100, 101, 102

Adpromissor quis, & quid differat ab expromissore, item a sponsore. 341. 16, 342. 16, 349. 34

Adscriptitii non sunt per omnia servis similes. 733. 75

Adventitiorum dominus est filiusfam. 1098. 51

Adulterium utrum ejus pœna ex lege capitali, vel ex cōstitutionibus, & quibus: 560. 143, usq; 568. 157. an de eo liceat transigere. 559. 142

Ædes deusta an recte promittantur. 505. 37

Ædilium curulium officiū. 466. 321

Æstimatio rei debitæ non est propriè in petitione, sed venit officio judicis. 1150. 90

Æstimatorius contractus est innominatus. 65. 51

Agere nemo potest sine actione. 986. 49

Aliud pro alio promittens non obligatur. 317. 90, 91, 92, 93

Aliud pro alio invito non solvitur. 1125. 22, 1038. 141, 616. 265

Alienationis prohibitio à testatore facta, vel conventione constituta, an impediat alienationē, vel promissionem. 402. 5, 6, 7

Ἀλλήλοις quis; & quid sint. 396. 397. 398. 160

Alter alteri non rectè stipulatur, nec etiam alterum promittendo obligat; paucis casibus exceptis. 1078. 1, usque 1107. 68

Alter alteri non acquirit actionem. 1096. 47

Alternativa natura. 951. 199, 200. an efficiat novationem. 356. 56. an à alternativarum extinctâ, alterius durat obligatio. 1220. 66, 1221. 22

Alles trewlich vnd ohn gefehrde. 644. 26

Amplius nō agi, an dividua. 643. 308, 647. 319, 653. 327, 655. 333

Animus, ut delicta, ita plerag; negotia distinguit. 250. 198

Anima ndquit per partes extingui. 559. 142

Annua, bima, trima die. 597. 218, 598. 219. annua legata & annuæ stipulationes differunt. 927. 154, 155, 156, 929. 159, 160, 161, 162, 930. 163, 164

Anno hoc dabo; vel post biennium, quando ex ea agi possit. 926, 159. 929. 160

Ante Kalendas, & Kalendis dare, an differant. 930. 164

Arbitrio stipulatoris, non promissoris committi potest stipulatio. 321. 103, usq; 322. 108. arbitrium intelligitur boni viri. 933. 170, 171 arbiter alteri stipulari nequit. 1078. 2, 1080. 6, 1081. 8, 9, 10, 1082. 12. ab arbitro ad judicem nō semper procedit argumentum. ibid.

Argentarius pro argentario non utitur beneficio ordinis. 1013. 97

Argumentum à quantitate ad corpora non procedit. 1034. 141. nec à judice ad arbitrum. 1013. 12

Artifices inter differētia est. 975. 33, 1003. 72

Aureola quid. 167. 36

Aurichalcum quid. 174. 44, 45

B

Bannitis Imperii an possint stipulationem contrahere. 721. 31, & seqq. quid in cæteris bannitis. 722. 34, 35, 723. 36, 37

Ein blosser vorschlag. 59. 36

In bona

In bonis quid sit, & quid in actionibus. 1010.88. mediocriter abuti licet. 1134.42

C

CAin quo tempore vixit, qui primus urbes edificavit. 106.10
Canis cum catulo comparatur. 61.41
Casum non præstat promissor, nisi receperit. 1125.23, usque 1147.80
Causa impulsiva differt à finali. 181. 62, 63. Causa efficiens quid. 99. 1. causa & effectus se mutuo arguunt. 100. 15. Causa lucrativa duo non possunt concurrere. 1220.67, 68, & sequentibus. Causa est ratio promittendi. 182. 65. inter causam onerosam & liberalem est distinguendum. 180. 61. inter præteritam itemq; & futuram. ibi. 62, 63. causa ob quam & propter quam. ibid. & 186. 74, 75. Causa pia nequit pacto acquirere hereditatem. 529.87
Cautionis nomen tribuitur stipulationi. 42.26, 864.55. item instrumento & cheirographo. 867. 59. cautio de dolo est judicialis, & quis ejus usus. 415.202, 416.203. & seqq. 417 206.207. non tamen omnis est prætoria, vel judicialis, sed quadam quoque conventionalis. 440. 226. Cautio, his rebus rectè præstari, q.d & quis ejus usus. 417. 208. usque 419.214. cautio de persequendo restituendove. 420. 215, usque 441. 217, & seqq. cautio, si cui plus, quàm per legem liceat, legatum sit; quid & quis ejus effectus. 447. 276. de conferendis bonis, quid, & quis usus. 448. 277. rem ratam haberi, an judicialis vel prætoria. 449. 280, 450. 281, 282. rem pupilli salvam fore, est prætoria cautionalis. 450. 283. quando committatur, 451. 284. Mutiana an sit prætoria stipulatio. 453. 290. utrum in contractibus locum habeat: ibid. 291, 934. 172. cautionis plus est in re, quàm in persona, quatenus. 457. 299. etiã in legatis. 458. 300. Cautio à statuto introducta, an judicialis vel prætoria. 471. 330, 331. cautio fructuarii an dividua vel individua; & quæ sit illa. 658. 336
Cedere diem quid. 911. 113, 114, 115
Cerebri paucitas, vel intemperies & stultitia & dementia causa. 743. 109
Censura quid. 408. 181
Certioratus, non est amplius certiorandus. 1141. 68
Certi vel incerti stipulatio, & certum vel incertum quid sit. 598. 220, usque 614. 254
Citrea quid. 173. 42
Clericus nõ est idoneus fidejussor. 825. 306, 826. 307
Cogitatum in mente retentum nihil operatur. 614. 252
Coheredes inter se pacisci possunt de creditis & debitis, at nõ mutãt jus creditorũ hereditariorum. 495. 14
Collationis causa cavetur. 441. 277
Coloni non sunt aquiparandi servis. 733. 75
Committere quid, & ad quid. 26. 39, 968. 3, 4, 5, 969. 6, 7, 969. 8, 9, 970. 10, 11
Commercium quid. 55. 30, 31, 57. 33, 34. 59. 35, 36, 59. 37, 38, 40. commercium rei an habeat stipulator, vel promissor, aut neuter, multum interest. 543. 112, usque 551. 119. & quid in legatis ac fiduicommissis. ibid. & quid si stipulator possea commercium habere incipiat? 552. 121, usque 555. 126. cõmercium servorum est juris gentium. 506. 38
Commodatum quid. 75. 81
Complacentia, ilico secuta, diversitatem responsionis, conservant stipulationem. 265. 36, usque 302. 48. etiam fidejussoriam. 308. 76, 314. 88, 316. 89. novam non constituit. 318. 94, 95. ejus quod utraque stipulationis parte continetur. 319. 96, 320. 97, 98, 99. sufficit complacentiã illam qui-

buscunque modò exprimere. ibid. 100, 101, 102. nisi rem planè aliam respondeat promissor. 317. 90, 91, 318. 92, 93

Comparare quid. 555, 126

Compensatione finitur obligatio. 1224. 77, 1225. 81

Conditio certi vel incerti nascitur ex stipulatione. 1116. 1. est q. stricti juris. ibid. & 1118. 6. utraque etiam dicitur actio ex stipulatu. 1116. 2, 1117. 4. tametsi incerti frequentius. ibid. 3. incerti ob datem. 1117. 4, 5, 6. unica est certi, sicut & incerti ex variis causarum figuris. 1119. 9, 10, 1120. 11, 12, & seqq. usq. 1124. 20. quid in utramque veniat. 1125. 21. est utrag. in personam, perpetua heredibus in heredes competens. 1180. 147, 1181. 148. triticiaria quid, & quando arbitraria. 1158. 105, 1159. 105

Conditio quid. 917. 131, 132, 133, 918. 134, 919. 135, 136, 137. cōtractus conditio quid. 616. 263. quo modo contractus conditione quid sit individuum. 629. 293, 630. 294. dupliciter inest. 920. 139, 921. 140. omnis est in eventu posita. 922. 144. etiam facti honesti & liciti. 923. 145. Casualis conditio quid. ibid. 146 potestativa, quid. ibid. 147. mixta conditio quid sit. 924. 148. conditio & dies sæpe concurrunt. 930. 165. quæ est in non faciendo, an diem habeat. 931. 166. utrum in ea locus sit cautioni Mutianæ 934. 172. conditio affirmativa impossibilis vitiat stipulationem: sicus si negativè concepta sit. 936. 173. an distinguendū inter pœnæ stipulationē & quamlibet aliam sub impossibili conditione. 949. 195. cōditionis eventu non novatur obligatio. 1001. 69. conditio retrotrahitur. 1052. 181. debet in specifica forma impleri. 1054. 184. cohærens persona ad heredem non tranſit. 1055. 186, 187. conditionales stipulationes heredi & in heredem transeunt, ac implentur, nisi sint conditiones potestativæ. 1096. 167. usque 1062. 196. conditio adjecta vel detracta an vitiosam reddat promissionem. 281. 41, usq. 291. 43. & quid in duorum reorū promittentium stipulatione. 292. 49. vel sit ex natura rei conditio inest. 294. 50, 51, 52, pars est stipulationis. 301. 67. conditionem impedientis, nihilominus obligatur. 970. 213. conditionis incertum pacto remittipotest. 496. 25. & quid illud sit. ibid. conditionis implementum an in heredem transeat. 1052. 179, 1053. 181

Confidejussores in solidū singuli sunt obligati. 1007. 81, 1011. 91. gaudent beneficio ordinis, divisionis, & cedendarum actionum. 1012. 95, usq. 1027. confidejussores hodie plures pro eodem fidejubentes non sunt, nisi id distincte agatur. 396. 160, 397. 160. à cæteris singularibus fidejussoribus differunt. 387. 140

Confusione tollitur obligatio. 1228. 89, & seqq.

Conjuges coguntur cohabitare, nec præstādo id quod interest, liberantur. 976. 29, 977. 29, 996. 63. conjugum alter à pacto potest recedere per ultimam voluntatem. 524. 83, 525. 84

Conjugata ejusdem potestatis cum primitivis. 33. 4. analogiam rerum & vocum requirunt. 34. 6

Consensus est stipulationi communis cum cæteris contractibus. 20. 29. consensu omnes fiunt contractus, sed quidam præcipuè. 142. 2, 142. 3. consensus non est causa efficiens stipulationis, sed materia. 142. 4. consensus non est unius, sed duorū vel plurium. 144. 6, 81. 71

Consistere quid. 24. 15

Constitutum est juris gentium. 181. 2, & à prætore confirmatum. ibid. 3. an & quatenus possit impersonali sermone

firmem contrahi. 280. 29. usque 283. 34. est conventio accessoria. 816. 136. potest esse plurium correorum. ibid. 137
Constitutio servitutis quid, & quomodo differat à promissione. 500. 25. neque diem, neq; conditionem recipit. ibid.
Consuetudine quod fieri potest, etiam pacto potest. 518. 68. firmat pacta & stipulationes filiarum nubentium, ut dote acceptâ renuncient hereditati paternæ, vel sint ipso facto exclusæ. 519. 69. item pacta fraternitatum. ibid. 70. quomodo hoc intelligendum. ibid. 71
Contumelia defuncto facta redundat in heredem. 1055. 187
Contractus substantia in quo cõsistat. 24. 17. usq; 16. 20. contractus quid. 46. 23. est facti. 48. 25. differt a gesto & acto. 51. 29, 52. 29. contractus nominati & innominati unde cognoscendi. 64. 49. usque 70. 55. quando innominati perficiantur. 68. 53. contractus quinam civiles, qui vero juris gentium. 110. 21, 22. contractuũ nomina unde. 63. 44, 45. definitiones à perfectione. 75. 60. non est modus dandæ vel adimendæ hereditatis 516. 62. contractus certi sunt, vel incerti, & quinam illi. 602. 225, 609. 239, 240, 241. contractus bona fidei & stricti juris, in quo & ex quo differant. 135. 3. usq; 854. nec illam differentiam jus Canonicum sustulit. 842. 20, usq; 843. 24 nec pacto tollitur. 844. 25. stricti juris contractibus an insint pacta ex continenti facta. 854. 27. usq; 910
in Continenti quid. 271. 15, 275. 19
Conventio aut nudum est placitum, aut contractus. 50. 28. subdivisio conventionũ. 118. & 119. 26. est genus contractus. 120. 28. conventio utrum in rem vel in personam facta. 1040. 152. Conventionales stipulationes quæ. 473. 335, 336
Correi ut sint ab initio pro parte obligati, nec quidem pacto in continenti facto effici potest. 1011. 90. correo non datur ordinis beneficium, sed divisionis & cedendarum actionum. 1127. 127. usq; 1131. 134. item utilis actio. ibid. 135. correus an possit novare. 1188. 9. usq; 1196. 16. suum, non correi debitum, compensare potest. 1225. 52. singuli in solidũ obligantur. 1007. 81, 82, usque 1010. 88 invito stipulatore non mutant obligationis conditionem. 1010. 89.
Correi qui. 376. 114, usque 378. 119. quatuor conjunctim correos credendi & stipulandi cõstituunt. 378. 118. usque 379. 125, totidem correos promittendi. 380. 126, 127, 381. 128, 129. qua forma fiant. 382. 131. non solum principaliter, sed & plures accessorie, qui consi. ejussores vocantur 383. 133, 134, 115, 387. 140, 399. 145, 146, 390. 147, 148, 149, 392. 151, 393. 395. 159. ab initio inter correos nõ est divisa obligatio. 1009. 86. nec sociorum correorũ obligatio. ibid. 87
Creditor pignus reddi cavebit de dolo. 486 204, 205. statim cum sacco non debet adesse. 963. 5. aliud pro alio ei invito non solvitur. 975. 25, 1125. 22, 1038. 145, 616. 265. nocet ei sua mora. 1149. 57. nemo sibi ipse creditor & debitor. 1228. 90
Culpam præstat promissor latam, & quæ in committendo, non etiam levem, quæ in omittendo. 1125. 23, usque 1147. 80, culpa debitoris nocet fidejussori, ut perpetuet actionem. 1127. 28. culpa nomẽ significat levem. 1128. 30
Curatorum se quis recte promittit. 586. 195. quid videatur promissum. 979. 43. 980. 34. 35

D

DAre est dominium transferre. 577. 176, 594. 207

Damnatus ad bestias, ad gladiū, stipulari nequit. 713.15

Damni infecti cautio non est novatio. 443.270. *instar actionis se habet.* 446.273,275. *quid sit damnū infectum.* ibid. 274. *habet repromissionem* 457.297. *an dividua.* 658 337

Dandi stipulatio in diē concepta, statim commissa est. 969.8, *dandi praecise obligat, non ea facienda.* 972. 16, 17, 18. *pauci casibus exceptis.* ibid. 973 19, 20. *dare pecuniam non est servile* 986.50. *dandi stipulatio nihil prater id habet, quod dari debet.* ibid 51

Debitor ex cōtractu an & quando caveat de persequendo. 471. 219, *usq;* ad 473.223

Delegatio quid; quomodo fiat, quis ejus effectus. 374.106, *usq;* 376 112

Demonstratio dotis quid. 152 66. *falsa non semper vitiat legatum.* 152. 68

Deportatus nequit stipulationem contrahere. 714 17, *usque* 721

Deportatio quid. ibid.

Depositum quid. 75. 61. *depositarius de dolo & lata culpa tenetur, non etiam de levi vel levissima, nisi pacto receperit.* 422. 220. *ne depositi cum eo agatur.* 496.17

DEUS inter juramentum & simplicem loquelā non distinguit. 130.45

Detractum vel adjectum responsioni an & quatenus obsit stipulationi. 285.36 *usque* 316.89

Dictio taxativa quid operatur. 1041. 154, 1042 158. *& refert an enunciative vel dispositive posita.* 1044. 163

Dies pars est obligationis. 301.67. *dies detractio vel adjectio an vitiat stipulationem.* 285. 36, *usq;* ad 296. 55. *sape dies cum ōditione concurrit.* 930.165. *quis effectus diei.* 968. 4, *usq;* 970.10. *dies quando cedit in stipulatione judicatum solvi.* 428. 239. *pars est stipulationis.* 602. 331, 912.118, 119. *ex ipsa re inest, & quis ejus effectus.* 915. 128, 916.129. *interpellat pro homine.* 1145.76

Differentia specifica speciem à genere non tollit, sed inesse declarat. 21.30

Difficultas praestationis non liberat. 492.7 543. 112, 592.199. *an à mora excuset.* 1146 79

Disjuncta non cohærent. 297.56

Dissensus in causa, ipso contractu, vitiat stipulationē. 143.5, 145. 8, 146. 8 *Dissensus in corpore vitiat stipulationem.* 151.12, 151.13. *& unde de eo dissensu possit constare.* 153.16

Distinctio inter vivum & mortuum praetorem, vel judicem, non est in jure fundata. 468.324, *& seqq.*

Dividere quid sit, si quaeratur de dividuo vel individuo. 615.257

Dividuum & individuum quid & quibus modis. 615. 259, *usq;* ad 625. 350. *dividuum numero* 616. 260. *naturā: non satis est, nisi etiam sit contractus cōditione.* 616.262. *usus doctrina de dividuo & individuo.* 625. 286. *naturā dividuum quid.* 625. 287. *differentia inter rem & factum dividuum vel individuū.* 662.348, *& multis seqq.*

Doctorum doctrina de praetoriis & judiciis, stipulationibus non est sequenda 467.323 *regula de dividuo & individuo declarantur, & declarata recipiuntur.* 617.267, *usque* 625.286

Do ut des, do ut facias & c. sunt contractus innominati. 66.51. *& quid sint.* 77.69

Dolus ex contractu bona fides emendatur. 177. 52. *doli clausula quid, & quis ejus usus.* 177. 52, *judiciis.* 415. 202, 416. 203. *& seqq. non tamē qualibet.* 440.266. *dolus non impedit obligationem ex stipulatione, sed exceptionē generat.* 194. 91, *& seqq. dolus quid.* 196 97. *bonae fidei est contrarius.* 197. 98. *contractum bonae fidei reddit nullum.*

vel iniquum. 197.99, usq; 229, 153. vel datur actio de dolo. 237. 169. 676. 3, 4 quis dolus incidans, quis causam contractui dans. 201. 112, 113, 114. remitti tamen potest. 236. 168. dolus ex re emendandus est per exceptionem. 238. 170. & seqq. Dolus commissus remitti potest licite, non etiam futurus. 574. 172. dolum malum abesse absturum q̃, an sit divisa vel individua stipulatio. 644. 314, usque 663. 350. dolum praestat promissor. 1125. 23, & seqq. usque 1147. 80

Dominus re sua mediocriter abuti potest. 1134. 42. dominus à servo, & contra non bene stipulatur, nisi peculii causa. 731. 68, 69, & seqq. 733. 73, 74. & si judicatũ solvi promisisset pro eo. ibid. 75

Donatio nihil habet commercii. 59. 37. nec contractus est. ibid. 38 parit hodie ex pacto actionem. 60 39. donatio inter conjuges an & quatenus valeat. 524. 83. usque 525. 84

Dotis dictio an sit verborum obligatio. 5, 8, 8. 10, 11, 10. 12, 10. 13, usq; 16. 21. dotis servanda causa fide jussor non detur. 666. 360, usque 679. 392

Dotes praediorum quae. 1172. 129

Dupla stipulatio an & quando praetoria vel communis. 466. 320, 321

E

Ebrius an ex stipulatione obligetur. 767. 166, & seqq.

Ecclesia pacisc endo viventis hereditatem non acquirit. 529. 87

Emancipatio fiebat duplici modo. 530. 90

Embamma quid, & utrum vino contineatur. 164 32, 33, 34

Emtio venditio quid. 76. 61. virginis pro puero, vel corrupta pro virgine an valeat. 766. 35. est bona fidei. 121. 143, 838. 14. ideoq; dolus dans causam reddit eam nullam, incidens ex ipso contractu emendatur. 200. 109, usque 239. 172

Emtor venditori redhibens tenetur cavere de dolo. 417. 206. & emtori vicissim venditor, his rebus rectè praestari. 419. 214

Epistola divi Hadriani quibus competat, & quando. 1017. 106, usque 1018. 110. per epistolam non contrahitur stipulatio. 247. 190, usq; 251. 199. quid sit epistola, quotuplex, quis ejus usus. 248. 192, 193, 194, 249. 195. per epistolã contracta stipulatio inde pactũ non habet, nisi hoc nominatim esset actum. 251. 199

Error in causa an vitiat actum. 143. 5. consensum nõ habet. 144. 7, 144. 7. dominii translationem non impedit, sed obligationem nasci, aut donationem. 145. 8, 180. 8, 146. 8, 9, 148. 10. error in corpora impedit stipulationem. 151. 12. quomodo de eo constare possit. 153. 16. error in materia non vitiat stipulationẽ 156. 20, & seqq. sed emtionẽ & venditionem. 157. 22. ibid. 23, 24, usque 167. 37. error in materia an stipulationem emtioni & venditioni subditam reddat nullam. 176. 48, usq; 178. 54. error impedimento est solutioni. 157. 21. error in persona an liberet ab injuriarum actione. 159. 26. error in materia promissori non prodest. 159. 27 circa causam non nocet. 178. 54, 55, 179. 58

Erubescimus sine lege lequi. 445. 271

Essentiarei est individua. 74. 59

Eunuchus cur non sit habitus pro pubere ante 18. annum. 769. 211

Exceptio probãda est. 177. 51. doli mali ob falsam promissionis causam vel errorẽ non semper elidit actionem. 178. 54, usque 191. 83. doli & violentia exceptio inest bonae fidei actionibus ipso jure, nõ etiam stricti. 835. 5, 8. an doli exceptio objecta in judicio bonae fidei, actionem naturã strictam effectat, ut sit bonae fidei, ut Cujacius voluit. 847. 29. usque 851. 35. exceptio in factum

ex accidenti potest fieri doli mali. 914. 915. 924. exceptio SCti Macedoniani prodest etiam fidejussori filiifam. 1008. 84, 1009. 85, ordinis sive excussionis cui detur & adversus quem. 1012. 95. usque 1016. 105. quando opponenda. 1015. 103 plus petitionis est dilatoria. 1016. 104. item quæ indemnitatis ibid. 105. quanam exceptiones dilatoria ante litem contestatam tantùm opponenda. ibid. 105. quid sit, & quibus detur fidejussoribus exceptio divisionis sive epistola divi Hadriani. 1017. 106. & seqq. foliis. & quid si renunciatum sit. 1019. 113. cedendarum actionum competit confidejussori & correo solventi. 1019. nu. 114. usq; 126, & 1027. 127, & seqq. 1028, usque 1031. 135

Ex die. 913. 120. quæ ejus vocis natura. ibid. 121. quando ex ea agi possit. 928. 159

Expromissor quis. 341. 16

F

Facta sunt juris gentium. 107. 14. non tamen omnia. 122. 31. factum honestum & possibile promitti potest proprium, non etiam turpe & inutile. 571. 164. usque 572. 168. nudum opponitur dando. 577. 176, usque 580. 180. facto comprehenduntur etiam non facta. 1127. 27, 580. 181. propria non aliena facta promitti queunt. 581. 182, usque 594. 206. ne quidem adhibito juramento. 593. 203. pœna subjici potest à promissore. 585. 194. si cum à proprio incipiat facto alienum factum, promitti potest. 585. 194, usque 592. 203. alieni facti cum juramento promissor non fit perjurus, si omnem diligentiam, ut fieri curaret, adhibuit. 593. 205, faciendi stipulatio. 594, 206. mixta facta à potiore referuntur ad dandi vel faciendi stipulationem. ibid. 208. faciendi sunt incerta stipulationes. 600. 227. factum aliud dividuum, aliud individuum. 614. 255, usque 663. 350. præcise ad factum non obligamur. 640. 17, 653. 26. & multis seqq. foliis. facti stipulatio in effectu duplex est, & duo continet. 969. 6, 7, 973. 21. facti difficultas. 976. 28. factum exprese, id quod interest, ex consequente & tacite est in obligatione. 963. 43, usq; 986. 49. ad factum cogi precise, est servile. ibid. 50. quid si juratum sit? 1004. 75. usq; 1006. 79. factum cuique suum, non alii nocebit. 1027. 36

Falsitas causa non vitiat stipulationem. 178. 54, 55, 179. 58, 59. de falsi crimine an transigere liceat. 561. 155, usque 569. 162

Feudum an quis alii possit per stipulationem acquirere. 1083. 17, 1084. 18, 19, 185. 21, 22. feudum hereditarium differt ab eo, quod ex pacto & providentia. 1084. 19, in feudorum quæstionibus, an sit petius recurrendum ad jus Canonicum, quam Civile. ibid. 20

Fides bona tantum præstat, quantum veritas. 734. 79. in omni contractu necessaria. 199. 104, 210. 130, 220. 143. fides in bona fides contractibus est essentialis, sive substantifica. 834. 2, 835 3, usque 853. 36. est de substantia emtionis & venditionis. 199. 104, 210. 130, 220. 143

Fidejussor in minorem quantitatem recte sumitur, non etiam in majorem 307. 74, 76. & utrum tota promissio sit vitiosa. 308. 75, 76, 77, 309. 78. fidejussionis forma qua. ibi. plures una fide jubentes fiunt confidejussores, & singuli in solidum obligantur. 1007. 81, 1010. 88, 89, usque 1011. 91. Fidejussor in usuras & in id, quod accessit ob mora rei, aut interest, non est obligatus, nisi in omnem causam fidejussisset. 1169. 123, usque 1175. 133. liberatur

per

per prorogationem terminis sine ejus consensu facta, non de praterito, sed futuro periculo. 1226. 84. fidejussor judicio sisti & judicatum solvi liberatur per instatia finem, & absolutionem, nec non mutationem fori restitutam factam. 1227. 87, 88

Fidejussio quid sit. 342. 17. non fit sine stipulatione. ibid. 18. differt a mandato. ibid. 19. 343. 20, 21, 22. fit quandoque etiam novandi causa. 349. 34, 350. 38, usque 351. 42, 352. 48. & seqq.

Fidejussorem an oporteat esse rogatum. 344. 24, usque 340. 29. datur fidejussori mandati actio. 344. 25. sponsor ei opponitur. ibid. & quatenus. 342. 31. fidejussor est, etiamsi ipse cum principali neque mandati neq; negotiorum gestorum experiri queat. 346. 29. fidejussores singulares a confidejussoribus differunt. 327. 140. 141. singulares fidejussores ipsa cõventione habent divisam & separatam certæ quantitatis singuli obligationem: inter confidejussores dividitur obligatio per epistolam divi Hadriani. 303. 154, 349. 155. fidejussores cui viu possunt obligationi adhiberi possibili & honesta. 665. 351, 352, usque 665. 358. & seqq. non tamen doli conservanda & administranda. 668. 360, usque 679. 398. 431. fidejussor eum reo, si solverit pro eo. 664. 353. an accipi possit vel debeat, pro reo delicti vel criminis, convento vel accusato. 679. 392, usq; 693. 431. intẽ sive non extensive accipi potest, nec etiam in aliam rem. 693. 432, usq; 699. 444. confidejussores singuli sunt ab initio in solidum obligati. 1011. 91. ante reum principalem possunt exigi. ibid. 1012. 91, 92, 94. nisi sint indemnitatis fidejussores. ibid. 93. gaudent exceptione ordinis. ibi. 95. 1013. 96. nisi qui debitori sunt heredes facti, 1228. 93. utrum beneficio ordinis possint renũciare. 1013. 97, & quid si fidejussor argentarius, mercator, campsor, pro argentario, campsore, mercatore, aut si quis pro reo criminis, vel judicio sisti causa, aut pro facto fidejussisset, an utetur ordinis exceptione? 1013. 97, 1014. 98, 99, 100. quid si mentitus sit? 1015. 101. an & quando fidejussor gaudere possit beneficio divisionis. 1017. 106. & seqq. 1018. 109, & seqq. uti potest exceptione cedendarum actionum, & pignorum. 1019. 114, usq; 1022. 119. utilem aliquin actionem fidejussor nõ habet. ibid. 115, 116, 117, 1021. 118, 1022. 119. quid si post factam solutionẽ sibi curet actiones cedi, & quid si ex intervallo. 1021. 117. usq; 1025. 123, & seqq.

Fideicommissum pendente conditione nemõ potest repudiari. 496. 15 conditionale ad heredes non transit, & quare. 1040. 167, usq; 1050. 176

Finu perfectio probat formæ perfectionem. 74. 59. finu quis sit stipulationu. 77. 54. finu quid sit 323. utrum multiplex esse possit ejusdem rei. 323. 1. summus stipulationis finis quis sit. 336. 1, 2, 337. 3. quo differt a cæteris contractibus. ibid. hunc habet principaliter & propter se, vel accessorie, & propter aliud. ibid 4. ex subjecto in quod dirigitur, distinguitur finis stipulationu. 338. 7. finis secundarius quis. 398. 161

Filiusfam. patri stipulando acquirit. 1009. 54. filius jure non distrahit pater. 507. 40

Firmare est figulorum. 36. 19

Fisci juri & censui pacto vel stipulatione privatorũ nihil detrahitur. 494. 11, 13. fisco subditus nõ acquirit stipulando. 1078. 2

Flagitii committendi causa stipulatio non valet. 578. 169, 170

Fœmina cur citiùs pubescat. 772.181
Forma dat esse rei. 111. 23. *formis res distinguuntur.* 63. 46. *forma contractus per accidens.* 854. 40, 905. 104. *formam contractui dant contrahentes.* 67. 52. *forma consistunt in perfectione.* 73, 58, *eâ destructâ, finis, & è contra destruitur.* 74. 59. *forma est duplex.* 257. 1, 905. 104. *quid sit forma propriè.* 257. 1. *vitiatâ in aliquo, tota res vitiata intelligitur.* 290. 45. *formâ non servatâ actus sit irritus.* 1201. 33. *forma cõtractus.* 895. 92, *usque* 903. 100, 905. 104
Formare quid. 856. 42, 857. 45, 892. 88, 898. 93
Formularum differentia in actionibus bona fidei & cæteris unde. 835. 6. *utrum actiones ex formulis, an contrà distinguantur.* 836. 8, 9, 637. 10, 11, 12
Frater à fratre non rectè stipulatur. 737. 85, *& seqq.*
Fructus futuri censentur incerti. 607. 237, 238. *non veniunt in actionem ex stipulatione.* 1168. 113
Fundus dotalis nõ debet alienari. 542. 111. *fundum tradi, an sit dividua vel individua stipulatio.* 662. 345, 346
Fur semper est in mora, & de omni culpa ac casu tenetur. 1139. 59
Furiosus nequit stipulari & promittere. 738. 92, *usq.* 747. 120. *quæ ratio.* ibid. *furiosi quotuplices.* ibid. *furiosus habetur pro absente.* 744. 112, *aliquis furiosus habet intervalla.* 744. 114. *ex re obligatur.* 745. 115, 116, *an ex delicto obligetur.* 746. 117, 118, 745. 119, 120
Furor unde nascatur, & quæ ejus causa. 741. 107
Fustigatio non est sanguinis pœna. 557. 136, 137

G

GEnus est singulis suis speciebus essentiale. 15. 18. *sæpe in propriam transit speciem.* 18. 25. *uno remoto genere, non continuò etiã alterum erit remotum.* 62. 42
Genera sunt dividua numero. 625. 218
Genus est periculo promissoris. 1141. 81, *& seqq.*
Gestum, actum, contractũ differunt. 50. 29, *usque* 55. 38

H

HAbitatio est individua. 619. 292
Habere licere, quid contineat & quatenus valeat. 587. 195, 589. 198
Handlung/handthierung/ein handel. 51. 53, 56. 41, 57. 33, 59. 37
Hereditas est juris civilis. 110. 22. *dividua pro indiviso.* 635. 102, 636. 103. *viventis hereditatẽ non rectè stipulamur, vel promittimus, nec repudiamus.* 515. 60, 61. *usque* 542. *quatuor modis de hereditate paciscimur.* 515. 61. *de conservanda valet pactum aliquot casibus.* 529. 81, 533. 94, 95, 96, 97. *de dividenda quatenus.* 534. 99, 535. 100
Heres nõ tenetur ex dolo defuncti, nisi quatenus pervenit, aut doli præstatio insit negotio. 111. 131, 220. 142. *heres heredi cavebit, his rebus rectè præstari.* 419. 213. *item legatario de persequendo & restituendo.* 421. 218. *succedit in jus defuncti & quatenus.* 636. 304. *obligatus est ex cõtractu defuncti.* 1036. 145. *etiam fidejussoris.* ibid. 145, 146, 1037. 147. *& ejus, qui factum promisit.* ibid. 145, 147, 1040. 152, *& seqq. etiamsi sub cõditione se obligasset, quæ postea existit.* 1046. 167. *& seqq. plures stipulatoris heredi nõ possunt singuli pro parte servitus constituẽda experiri.* 1072. 219. *solvẽti ei totus est exceptione adversus cæteros.* ibid. *heredes heredibus in partem facti dividui obliguntur, & exiguntur.* ibid. 220. *si sit factum individuũ, ipsum quidem pro parte non, sed in solidum singuli præsta-*

li præstabunt; & in solidum commissa erit stipulatio adversus omnes, ita tamen, ut singuli non integram pœnam, vel id, quod interest, sed pro parte hereditaria consequantur. 1073. 121. ab heredibus & in heredes olim non, sed hodie potest incipere obligatio. 1101. 69, 70. pro parte hereditaria cur teneatur singuli & quando. 1136. 4. non mutatur cōditio obligationis ex persona heredum. ibid. heredes heredibus tenentur etiam ex conditionali stipulatione, nisi potestativa sit conditio soli personæ inhærens promissoris, vel stipulatoris. 1046. 167, usque 1083. 197. dividua stipulatio ad singulos spectat pro hereditaria parte, individua, in solidum. ibid. 198. usq; 1072. 219. & quid si sit faciendi stipulatio? ibid. 220. usque 1073. 221

Hippocentaurus frustra promittitur. 501. 28. quia non sit in rerum natura, neque speratur. ibid. 26. quid de eo Plinius. 502. 29. sed de monstro loquitur. ibid. 29. quod D. Antonio apparuit, spectrum fuit. 503. 31

Homo liber promitti nequit. 500. 27. 505. 38. nec mortuus. 503. 32. nisi mortuus etiam debeatur. ibid. 32. nunquam moriturus promitti nequit. 504. 33, 34. hominis gratia jus omne constitutum est. 536. 38. liber homo æstimationē non recipit. ibid. 38, 948. 194. an & quatenus liberi hominis valeat. ibid. homo liber bona fide servienti possessori promittens obligatur: non contra. 734. 77, usq; 736. 84, 1106. 66

Honestum non est ipsa natura, sed à recta natura promanat. 940. 112

Hostium res an, & quatenus in commercio, & quatenus cum hostibus commercium. 501. 43, usque 513

Humanitatis causâ id impediri non debet quod alii prodest, nec tibi nocet. 1028. 130

I

Jactum retii emere & stipulari licet. 497. 20

Imperio magistratus quænam, & quæ officio judicis fiant. 412. 193. jus dicentis officium sit ne idem cum imperio magistratus. ibid. 194. imperium aliud merum, aliud mixtum est 401. 186

Impossibile quid. 501. 28. impossibili stipulationi pœna subdita committi nequit. 505. 36. impossibile & impossibilitas, 936. 174. ex tribus causis existit. ibid. 175. naturâ impossibile quid. 937. 177. & quæ per angustiam temporis impossibilitas. ibid. 177, jure impossibile quid, & an ita rectè vocetur. 938. 179, usque 942. 184 facto impossibile. 943. 185, usq; 945. 188. cur ex tali promissione non nascatur obligatio. ibid. 189, 190. cur negativè concepta naturâ & facto impossibilia non vitiet stipulationem: jure impossibilis conditio vitiet. 946. 191. an inter stipulationem pœna sub impossibili conditione & quamlibet aliam sit distinguendum. 949. 195

Impuberes infantia proximi & pubertati proximi, qui, & quando. 773. 187, usque 783. 212

Incorporalia an omnia indistinctè sint individua. 630. 295, usque 636. 303, & seqq.

In diem stipulatio quæ, ejusq; natura. 915. 125, 126

Infans stipulari nequit, dictus ab infando, quasi sine fando. 769. 171, 172, 173. infantia proximi utilitatis causa stipulantur. 770. 174, 175. infans quis, & an possit stipulari. 769. 171, 172 & seqq. infantia major quis. 773. 185, usque 783. 212

Initium spectandum, ut ex eo, contractus quis sit & qualis, æstimetur. 608. 231, 865. 57. judicandū ex initio non ab eventu. 322. 108

Instrumentum intercedit probationis

tauâ, vel ut in eo contractus perficiatur. 254, 203. si in eo scriptum sit rogasse & respondisse, vel promisisse, præsumitur stipulatio. 255. 204, 205. & seqq. instrumentum est probatio probata. 255. 206. precium non præsumitur, nisi id in instrumento exprimatur. ibid. 268

Intelligentia actio unde. 739. 95

Interpres an testis esse possit. 245. 136

Interpretatio obscuri, ambigui, taciti locũ habet in stipulationibus: unde sumi debeat, & quo ordine. 955. 205, usque 272. 209

Interdictum aquæ & aquæ quid. 714. 18, usq; 717. 28. stipulari & promittere impedit. ibid. interdictum bonis prodigo an ex lege vel a magistratu. 748. 122, usq; 767. 165

Integrum an & quomodo dividuum vel individuum. 616. 261

Interpellatio duplex: una expressa, altera tacita. 1140. 63. judicialis. 1140. 64. an una sufficiat. 1141. 66, & seqq. tacita interpellatio. 1145. 76, 77.

Interrogatio & responsio erit cõtinua. 266. 7, & seqq.

Intervallum dividens actum, vel argumentum sensum, vitiat stipulationem. 269. 12, 13

Invito aliud pro alio non solvitur. 1038. 142, 1125. 22, 646. 265

Interesse est incertum. 613. 249

Iocus impedit obligationem. 103. 89, 90

Iusjurandum liberti an verborum obligatio. 6. 9, 13. 15, 16, 17, 15. 19, 16. 21, 22. & seqq. verba desiderat, 13. 16. jurisjurandi obligatio. 18. 26. verbis contracta. 19. 27. jurisjurandi finis. 77. 64. inter juramentum & simplicem loquelam Deus non distinguit. 139. 45. jurejurando verborũ obligatio finitur. 1207. 49, & seqq. jusjurandum habet vim rei judicatæ & transactionis. 400. 162. contractum nullũ & prohibitum non corroborat. ibid. 163

Iuramentum jure civili non confirmat renunciationes & pacta de successione viventi. 536. 102. secus de jure Canonico, nisi si quis de acquirenda ea paciscatur, vel stipulatur. ibid. 103, usque 539. 106. quod cum bonis moribus pugnat, non est obligatorium. 573. 169

Iurisdictio in genere quid. 407. 180. ejus duplex, imperium vel jurisdictio in specie. 409. 186. imperium quoq; illud duplex est, merum & mixtum. 491. 158. mandata jurisdictio, quæ. 412. 192. an dividua vel individua. 642. 306

Iudicu nomen est generale. 406. 174, 175. 176, 407. 180. datus judex vice dantis judicat. ibid. judicium quid 408. 181. judex tam is est qui jus dicit cum imperio, quam judex datus, qui judicat tantum. 406. 176. judex judicando, magistratus imperando officium suum exequitur. 455. 303. judex nullum & jure infirmum contractum, nequit firmum efficere. 593. 204. judex singula rimari debet, nec se ad unum probationis genus adstringere. 1043. 161. non supplet ea quæ facti, sed quæ juris. ibid. 162. judicis officiũ, si res dari nequeat, & æstimatio faciendæ. 1150. 89, & seqq.

Iudicia ut exitum ilico sortiantur, publice interest. 406. 176

Iudicio contrahimus. 152. 14, 15. unum in vita hoc accipitur. 153. 15

Ius dicitur modo tantùm, modo cum imperio. 409. 183. & quomodo tantùm sive simpliciter. 409. 184. quomodo imperando. ibid. 185, 418. 189, 190, 191. in jure judicio ve quædam fieri dicuntur, & quæ illa. 418. 195

K

Kalenda quinta, quanam. 332. 42. kalenda finiunt & incipiunt mensem. 269. 42

L

Lamia & magi virtute diabolica è loco in locum citò possunt transferri. 937.178
Legatum & stipulationes aquiparantur. 179.591.321.104,926.151,1127.29, nisi sit legatum annuum. 926.154,155,927.156,928.159,929.160,161,162,930.165,166,1034.141. sapiùs repetitum non multiplicatur, nisi testator hoc aperte voluisset. ibid. 142, & quis illud probare debeat. 1035.143. legatum conditionale nõ transmittitur ad heredes, licet heres heredis de eo obligetur. 1046. 167, & seqq. fol. & quare. 1047.169,1048.173,1049.175,1050.176. potest conferri in arbitrium legatarii, non heredis. 321.104. inutile an habeat naturalem obligationem. 544.113,548.117
Leibeigene. 733.76
Leges in foro etiam conscientiæ sunt servandæ. 818.290,819.291, & seqq. lex prima per stipulationem lata. 106.12. Mosaica forenses an abrogatæ, vel necessariò observandæ. 819.292, usque 822.298. lex contractus quid. 861.51,897.92,93, usque 903.100
Legatarius tenetur de dolo, lata, & levi culpa, etiam ea, quæ est in omittendo. 1127.29
Liberi meritis, non patris adstringendis. 320.73
Libertus patrono nõ stipulatur. 1078.2
Liberatio legari potest. 1025.83. liberatio non est contractus. 60.40
Lingua civilis juris quanam. 196.13
Literarum obligatio quid. 76.61,62
Litis contestatio quotuplex. 361.72, usque 363.76,376.112. est quidam contractus. 363.77,364.82, & seqq. 366.89,1164.110
Litus maris non est in commercio. 508.41
Locus oportunus. 1139.62. locus quoq; diem adjicit. 915.127
Locatio conductio quid. 76.61
Loqui per se vel interpretem. 244.183

M

Magi & lamiæ virtute diabolica in loca transferri possunt remota quàm citissimè. 937.178
Magistratus officium consistit in jure dicendo. 407.180. imperium magistratus. 412.193.194
Majori minus inest. 296.55
Mandatum quid. 76.61. solvit consensus 342.19. differt à fide-jussione. 343.20
Mandator quis. 342.19. plures mandatores ejusdem pecuniæ fiunt correi debendi. 388.138
Manid quid, & quàm varia: unde. 741.106,742.107,108,109
Munuum porrectio quid sit, & utrum per eam contrahatur stipulatio. 243.183
Mare non est in commercio, nec litus. 508.41
Materia quid, & quæ stipulationis. 132,141. 4. materia circa quam, quid. 474
Matrimonii contractui si apponatur pœnalis stipulatio, quòd in certo loco habitare velit, nec inde exire maritus, an valeat. 576.175
Melancholia. 741.106,742.107,108,109
Membri amputatio non est sanguinis pœna. 557.136,558.138,139. membrum abscissum moritur. 14. 1140
Mensæ citreæ. 173.41,42
Mens & intelligentia est pars principalis animæ. 739.93, & seqq.
Mensis quot constet diebus. 867.61. mensis incipit à kalendis, finitur. 288.42
Mente captus ex stipulatu nequit obligari, neq; alium sibi obligatum facere, & quare. 738.92, usq; 747.120
Mendacium, nisi fraudulentum, pœnam non habet. 1055.108
Merx quid, & qua comprehendat. 1157.102

Metus contractui causam dans, vel incidens, an irritum & nullū reddat contractum bonæ fidei, & quid in stricto. 230.156, & seqq. non impedit dominii translationem. 235. 165, & seqq.

Meum nequit amplius fieri meum. 1221.69

Milet pacto hereditatem dare potest in acie. 508. 85.86, fidejubere prohibetur. 524. 300, 301, 302. utrum hodie nostri milites gaudeant privilegiis militaribus, & qua faciant militem. 824.303.304.305

Minores stipulari possunt, etiamsi curatores habeant. 804 258, 259, 805. 260, 261, 262. promittere nō possunt, qui curatorē habent, nec adhibent. ibid. 263, 652. 264, usque 806 265.

Modestia Ictorum in ferendis sententiis. 39.14, 23.33

Modus stipulationi adjici potest. 949. 196, 950. 197. modus impossibilis, & quid sit modus. ibid. 198. exemplum modi. 951.199

Monachus, præsertim Franciscanus, non est idoneus fidejussor. 825. 306. 826 307

Monstrum nō est in commercio. 502. 30. quid sit ibid.

Morbi animi & symptomata unde; varia nomina sortiuntur & formas. 739 93.96.98.99. usq; 743. 110

Mora ulli nulla, sine petitio. 871. 62, 922. 142. perpetuat obligationem. 1139. 38. obligat de omni culpa. 1133. 39. mora cuiq; sua nocet. 1200. 59. non erit impunita. 975. 24. quomodo & quando. 1136. 51, usq; 1147. 60. mora est duplex. 1137. 52, 53, & seqq. effectus mora ex re. 1138. 53, in persona. 1139. 60, 61, & seqq. mora per litis contestationem. 1140. 64. per interpellationem. ibid. 66. quadam excusant a mora. 1146. 78, & seqq an difficultas præstationis a mora excuset. ibid. 79. an celari satisfactione & oblatione purgetur. 1165. 112, nec auget fidejussoris actionem. 1169. 123, & seqq.

Mors omnium rerum postrema. 1054. 184

Mulier intercedens pro alio, juvatur SCto. 816. 287, usq; 823. 299. quid in foro poli? 818. 289. & seqq.

Mutus nequit stipulari vel promittere. 814. 282, 815. 283, 816. 284, 285, 286

Mutuum quid. 76. 61. contrahi potest cum pacto depositi 565. 56. est stricti juris, & quæ. e. 538. 15, cur ex eo usura pacto promissa nō debentur, sed ex stipulatione tantùm. 852. 743, 888. 80, 889. 81, 82, 890. 83, 84, 892. 87

non Mutatum, durat. 2536

N

NEgotiorum gestio ex re est. 150. 11

Nomen quid. 207. 125, 230. 154. proprium non videtur demonstrandi causa adjectum: adjectivum sive commune, seu appellativum demonstrandi gratiâ. 1102. 58

Notatio quæ commendanda. 34. 7

Notio est in omni jurisdictione. 408. 182

*Novatio tollit etiam obligationes juris gentium, & stipulationem. 1188. 7. novare qui possint: & quid si sint correi. ibid. 8. 9, usq; 1196. 17. novatio est liberatio. 84. 72. est stipulatio. ibid. quid sit novatio. 349. 34, 354. 49, 50, 51. novatio an facta cesset, multis a fibus apud veteres dubitabatur. 349. 36, 352. 43. Justinianus istam sustulit dubitationē. ibid. 44. 45. est duplex. 361. 70, & seqq utrum voluntaria fiat per solam stipulationem. 366. 90, 367. 91, usq; 302. 95, & seqq. voluntaria sit dupliciter. 371. 97. 98, 374. 106. cum ipso debitore. ibid. 97. expressè. 372. 99, 100, olim tacitè. ibid. quæ antiqua ea de re regula. ibid. 101, 102. quæ nova: ibi. & 373. 103, 374. 104, 105. an ope exceptionis fiat novatio. ibid. fit etiam cum alio quam debitore, per delegationem, aut sine ea.

374. 104, 105, 106, 107, 108, 375. 109, 110, 111. novatione etiam invitus liberari potest. 374. 105. sub conditione facta non novat, priusquam conditio eveniat. 350. 37, & quid in satisacceptione, & fidejussione: ibi. 38, 351. 40, 42. an per commissam pœnalem fiat novatio. 355. 54, usq; 359. 67

Nullum simile est idem. 47. 23

Numeratio non semper generat obligationem. 354. 50. est indifferens actus. ibid 51

Nuncium est inter absentes. 246. 189. per nuncium non contrahitur stipulatio. ibid. 189

Nunciatio novi operis cur introducta, de quo cavendum. 429. 242. per eam se committunt prætoria jurisdictioni. 659. 338

Nutu stipulatio non contrahitur. 246. 188

O

Obligatio verborum oritur ex stipulatione. 967. 1. obligatio talis, qualis ejus causa. ibid. 2. oritur cōmissa stipulatione. 968. 3. ad dandum faciendúmve obligat. 971. 13, & seqq. cur & quomodo ad rerum tractatum referatur. ibid. 15. est naturâ perpetua. 1036, 146. in heredes transit, etiamsi sit faciendi. 1037. 147. à cujus q; propria persona incipit. 1078. 1. obligationis effectus est varius. 1111. extincta non revivisc it. 1186. 4. obligatio quid, & quomodo ICtis vox propria. 3. 2. sit rebus, consensu, literis, verbis. 3. 3. obligatio operarum, quo sensu dicatur, itē via, legati. 22. 31, 105. 32. juris gentiū est. 104. 8, 9. obligatio ab initio nulla ex post-facto non convalescit. 553. 121, usq; 554. 125

Oblationis effectus. 1150. 88, 1200. 28, usq; 1203. 38. quomodo fiet. 1200. 30. & utrum requiratur consignatio ac depositio. 1201. 32. 34

Obscuritas nocet ei, qui clariùs dicere potuisset. 280. 29. unde interpretanda. 280. 281. 30, 282. 31, 32

Officium magistratus. 412. 193, 194, 195, 425. 28, judicis officiū in bonæ fidei & arbitrariis judiciis. 891. 86

Omnino non, & non omnino. 307. 75, 308. 77, 309. 78

Opinio erronea veritatem nō mutat. 734. 80

Operarum stipulatio inter res refertur. 497. 21. tanquam pecunia credita patrono debentur. ibid. 21. dari dicuntur. 499. 22. & quatenus censeri possint facta. ibid. 23, 24. sunt officiales vel fabriles. ibid. 24. quæ q; suas promittere potest. 571. 165. operæ alienæ dicūtur pro aliis. ibid. 165, 166. officiales nemo alius, quàm libertus, promittere potest, & quæ illæ sint. ibid. 166. eæ q; ut pecunia debentur. 572. 167. operæ inhonestæ promitti nequeunt. ibid. 168. modo ut rei, modò ut factū debentur. 662. 347. operarum stipulatio cōceptione pura, ex ipsa re diem conditionem q; habet. 921. 140. non distinguitur inter certas & incertas. ibi. 141. unæ operæ est individuæ, plures numero dividuntur. 993. 59, 994. 59. operæ fabriles & officiales habent artificium. 1003. 74

Oportet, quid significet. 983. 42

Opperimentum quid. 175. 46

Opus novum contra renuntiationem factum debet restitui. 996. 62

Ordo interrogandi & respondendi non debet inverti. 263. 2. cur introductus. 264. 6. qualis esse debeat. 266. 7

Οὐσία quid. 157. 23

P

Pactum & stipulatio æquiparantur. 108 4. 18. pacto de non petendo receditur ab obligatione stipulationis ope exceptionis. 1224. 77, 79. pactum donationis habet actionē. 60. 39. pactum refutatorium non est contractus. 60. 40. potest etiā fieri

pactum per stipulationem. 78. 67. *differt a pollicitatione.* 81. 71. *pactū in rem, in personā quid.* 1042. 158. *personale non præsumitur, sed in rem potius.* 1045. 164. *est juris gentium.* 101. 2. *pactorum divisio.* 118. 26. *inutilis stipulatio nō habet utile pactum.* 250. 197, *usque* 253. 202. *pacta privatorum non possunt mutare contractuum substantiam.* 263. 3, 265. 5. *pacto recipi potest omnis culpa & casus fortuitus.* 1136. 50, *pactum fit de iis rebus, quæ sunt in cōmercio.* 491. 2. 3, *pacto id fieri potest, quod statuto & consuetudine.* 512. 68. *pacta de futura successione an, & quatenus licita.* 515. 60, *usq;* 542. 109. *moribus recepta, quatenus sustineantur.* 523. 76, *usq;* 525. 84. *pacta in continenti facta insunt etiam conventionalibus stipulationibus, non etiam prætoriis.* 1543. 37. *usque* 910

Partes stipulationis quæ. 97. 94. *pars quid.* 903. 101

Pater filios jure nō distrahit. 507. 40. *nisi sanguinolentos. ibid. contractâ fiduciâ olim succedebat emancipato filio.* 517. 94. *alteri in clientelam dans, ut eum heredem faciat. ibid.* 65. *pater à filiofamil. suo non rectè stipulatur, nec rectè emit, nec conducit, nec locat.* 723. 3, *& sqq. est cum filiofam. eadem persona. ibid. excipitur peculiū castrense & quasi.* 724. 4. *an etiam adventitium:* 725. 43, *usque* 731. 67. *an pater sibi & filiofam. acquirat stipulando adventitii peculii causā.* 1097. 49

Parthierung. 51. 29, 52. 29, 57. 33, 59. 37

Permutatio est contractus innominatus. 65. 51

Petitio ubi nulla est, ibi nec mora. 932. 143

de Personis cur nō agatur prius, quàm de rebus. 699. *personæ, quæ stipulari possunt.* 710. 1, *usq;* 826. 307. *persona possessoris mutata, mutatur rei possessa qualitas.* 1055. 185. *quæ personæ cohærent, in eas etiam tantùm debent adimpleri. ibid.* 186

Per te non fieri? an individua. 644. 313, 646. 319, *& sqq.*

Phronesis quid & quotuplex. 739. 97, *usq;* 740. 102. *quæ ejus species. ibid.* 103. 741. 104, 105

Pignus est contractus. 63. 47, 76. 62

Plus est in specie, quàm in genere. 15. 18. *plus in veritate, quam opinione.* 159. 27

Pœna delicti quatenus juris naturalis, vel civilis. 110. 22. *pœnam stipulari licet.* 497. 18. *impossibili stipulationi subdita, non committitur, & quare.* 515. 36. *pœna stipulatio commissa an novet principalem:* 555. 54, 55, *usq;* 557. 65. *utrum hic differentia inter stipulationē dandi & faciendi. ibid. &* 558 60. *pœna solutio tollit obligationē dandi faciendive, nisi actū sit, ut rato manente negotio pœna solvatur.* 1203. 39, *usq;* 1207. 48

Pollicitatio quid. 81. 71. *neque contractus est, neq; pactum.* 190. 80

Possessor bona vel mala fidei, quomodo & quando caveat actori de persequendo, restituendove. 420. 215, 421. 217

Pretium an, & quatenus sit in obligatione alternativa. 1223. 74, 75, 76. *pretiū loco rei succedit ob præstationis difficultatem judicis officio.* 988. 53

Prætoria possunt alieno nomine contrahi. 981. 37, 38

Prætorii officium quid. 425. 222. *prætoris appellatio.* 424. 227. *prætor curat, caveri judicialibus prætoriis, ut ratum ac firmum sit judicium.* 427. 233. *prætor jubet imperando, vetando, denegando actiones &c. judex judicando.* 458. 303

Præscriptione finitur obligatio. 1224. 77, 78

Præses provinciæ non habet commer-

. tium prædii, quod in ea est provincia, durante potestate. 544.112

Præsumitur stipulatio. 255. 204, 205, & seqq.

Prodigus, cui bonis est interdictum, acquirere, non autem obligari ex stipulatione potest. 748. 121, usque 767.165. an ei ipso jure sit bonis interdictum, vel a magistratu. 753. 134, usque 767.165

Probatio geminati legati, & sapius rei promissa cui incumbat. 1035.143

Prodigalitas non in jure, sed facto consistit. 766.162

Procurator cavet judicatū solvi. 427. 256. & pro eo ipse dominus. 429. 241. indebitam pecuniam exigens tenetur indebiti condictione. 444. 271. cavet rem ratam haberi. 448. 279. cur ea non sit judicialis prætoria, sed cautionalis. 450.280. procurator cavebit de persequendo restituendoq. 422.221. procurator in popularibus nequit constitui ex parte actoris ante litē contestatā. 620.397

Prohibitio alienationis pacto, vel testamento, aut stipulatione facta, an & quatenus promissionem & alienationem impediat. 491.4, 492.5, 6, 7, 493.8

Promissor tenetur dolū & latam culpam præstare, non etiā levem, qua est in omittendo, nec casum, nisi in se receperit. 1125.23, usque 1147.80

Promissum & promissioni adjectum differunt. 941.183

Promissio confirmis erit interrogationi. 278.24

Prorogatio termini liberat fidejussorem non consentientem. 1226.84

Proxenæta an testis esse queat in isto negotio, quod operā suā fieri curavit. 245.186

Pupillus, qui fari potest, stipulatur; at non promittit. 768. 170, usque 804. 257. infantia major, & pubertati proximus quis. 773.187, usque 783. 212. an & quando obligatur naturaliter vel civiliter. 783.212, usq; 804

Pura stipulatio est vel non pura. 909. 111. & quæ illa vel ista. ibid. 112. usque 922.143. unde dicta pura vel non pura. 912.117

de Pythio & Cannio Cicer. locus 3. Officior. 207.125, 230.154

Q

QUalitatis adjectio vel detractio an vitiet stipulationem? 285. 36, 286.37, 288.41, usq; 296.55

Quantitas periculo est promissoris. 1148.81, & seqq.

Quantitatis adjectio vel detractio an & quatenus obsit stipulationi. 296. 55

Qui non facit, quod facere debet, adversus ea facit, qua facere promisit. 970.10

Quod non mutatur, durat. 25.36

Quod promittitur, & quod promissioni adjicitur, differunt. 941.183

R

RAtio, qua pro religione est, summa putatur. 1090.33

Re & sententia idem oportet promittere. 159.35

Referenti non creditur, nisi constet de relato. 34.5, 38.13

Regula standum, donec de exceptione doceatur. 177.51, 351.41. regula Catoniana, qua & quando locum habeat, quis ejus usus & effectus. 553 123, 554. 125, 1208.52, usq; 1220. 66. & 1221.69.70, 71, 72

Respubl. subditus non stipulatur. 1078. 2, 1079.4, 5, 1081 8, & seqq.

Rem pupilli salvam fore? quando communis, vel prætoria cautionalis. 459.305, usque 463.315

Rem ratam haberi, quando prætoria, & quādo communis. 464.316.317, 465.318. an dividua vel individua. 643.308, usq; 644.312

Remissio differt a repudiatione. 496. 15, 16. remitti quid possit. 532.93

Remotio unius non est semper positio

vel remotio alterius. 62.42
Renunciationes hereditatum viventium, an & qua ratione sustineantur. 523.76, 77, 78, 532. 93. *intelliguntur, rebus ita stantibus.* 1007.80
Repudiari quid possit. 532.93
Repetitio legatis non facit plura legata. 1034.142
Res dicernuntur formis, non figurâ nominum. 63. 46. *quæ res possit in stipulationem venire.* 490. 1, 2. *de quibus pacisci licet. ibid.* 2. *prohibita alienari, promitti possunt.* 491. 4, 492. 7. *& ob istius non præstitas pœnas iuenda est, quæ conveniunt, vel id, quod interest: & tradita possunt vindicari, si testator alienare prohibuisset. ibi.* 6. *&* 7. *res etiã alienæ promitti possunt, ut & pignori dari, & locari, & commodato dari.* 493. 9, 10, 494. 11, 12, 495. 13. *quæ res in rerum natura non est, neque speratur, promitti non potest.* 500. 27, 501. 28. *res sacræ, sanctæ, religiosæ, publico usui destinatæ nõ sunt in commercio.* 508 42. *res hostiũ quæ & quales promitti nequeant.* 508. 43, *usq;* 512. 52. *rem suã an & quatenus quis stipulari possit.* 513. 53. *usque* 514. 56, *& seqq. litigiosæ res prohibentur alienari.* 542. 110. *res plures intelliguntur de pluribus tã summis & quantitatibus, quam etiam corporibus.* 595. 211. *incorporalium incerta est stipulatio secundum Cujac.* 601. 228. *à quo dissentiunt alii.* 602. 228, 604. 230. *res est pars stipulationis.* 608. 238. *dividua vel individua.* 614. 255, *usque* 663. 350. *interdũ agitur priùs de rebus, quam de personis.* 700. *res eadẽ sæpius promissa non nisi semel debetur.* 1031. 136, *& seqq. & an genuina vel unica existat eo casu actio. ibid. Res judicata pro veritate habetur.* 1206. 47. *res ab initio utiliter in stipulationem deducta, si in eum casum incidat, à quo incipere non potuisset, evanescit stipulatio.* 1208. 52, *usq;* 1221. 69. *nisi sub conditione promissa.* 1217. 63
Responsio erit congrua interrogationi. 278. 24, *usq;* 280. 29, *& seqq. quæ sit apta responsio.* 280. 27. *congrua.* 284. 35, *verbũ,* 279. 25, *usq;* 283. 34. *& re.* 284. 35, 285. 36. *impersonaliter facta, an valeat.* 280. 29, 281. 30, 282. 31, 32, 33, 283. 34, 284. 35. *aliud continens non valet, adeò ut nec complacentia firmetur.* 317. 90, 91, 318. 92, 93. *responsio diversa comprobata an faciat novam stipulationem. ibid.* 94, 95
Restituere an dividuum vel individuum. 659. 339
Reus stipulandi & promittendi quis. 376. 114, 377. 115, 116, 117. *unde hoc intelligatur.* 378. 118, 119, *& seqq. usq;* 381. 129. *qua forma fiant plures rei.* 382. 131. *an etiam accessorii promissores possint inter se esse correi.* 382. 132. *usq;* 394. 155. *quando fiant plures rei.* 396. 160. *Reus quis.* 390. 148. *rei ad promittẽdi quinam.* 393. 153. *reus criminis an & quãdo possit è carcere dimitti vel eũ evitare datis fidejussoribus: & anne hoc debeat semper arbitrio judicãtis committi.* 679. 392, *usq;* 693. 432
Robur stipulationis, an in arbitrium stipulatoris vel promissoris possit conferri. 321. 103, *usque* 322. 108

S

Sanguinolenti partus, qui. 507. 40
Sanguis est vitæ vehiculum. 557. 135. *cuiq; redimere licet sanguinem suum. ibid.* 34. *sanguinis pœna pro morte naturali. ibid. anima carnis in sanguine est. ibid.* 135
Satisacceptio quid. 339. 9, 340. 12, *usq;* 341. 16. *unde dicta.* 348. 33
Satisdatio, fit fidejussoribus in prætoriis stipulationibus. 457. 298, 458. 301. *quid sit.* 982. 40
Satisfactio, quando pro solutione. 990. 58. *an fit nudum factum. ibid.* 57

Scholarii tenetur ob desuetam habitationem conductam, una cum fidejussore suo. 1172.130

Scriptura probandi causa stipulationi adhibetur, vel in scriptis perficiatur, nec tamen scripto fiat, ut nec emtio-venditio ex scripto perficienda. 254.203. si scriptum sit, spopondisse, præsumitur stipulatio. 255.204

Servorum commercium est juris gentium. 506.38. servus domino nō obligatur. 712.68, & seqq. 732.72. hereditarius hereditati acquirit. 922. 142, 1102.59, 60. Servus communis quando pro dominica portione aut in solidum singulis dominis acquirat. 1100.55, 56. item usufructuario. 1105.63 uxori donatus. ibid. 64, 65

Servitutes promitti possunt. 500.25. earumq; promissio differt à constitutione. ibid. 25. servitutum stipulatio an sit certa vel incerti. 601. 228, usque 606. 233. an sit dividua vel individua. 618.268

Selbstschuldiger. *1013.97*

Sequestrum aliud voluntarium, aliud non voluntarium. 363.77, 78

Sermo simplex de actu uno eoq; primo intelligitur. 1141.67

Si, pro quia. 1051.178, 1059.191

Simile nullum est idem. 47.23

Societas quid. 76.61

Solutio per partes an & quando fieri possit. 1186.3. solutio quid. 159.25. finit & tollit obligationem, & judicium. 1185.1. si sit facta secundùm obligationis legem. ibid. 2. solutio particularis invito non fit, nec semper pro parte liberat, etiamsi fiat volenti. 617.265, 266, 267

Solvendum id quod debetur. 158.24

Solennitas præsumitur, nisi falsum doceatur instrumentum 256.207. aut sint extra rem & naturam negotii. 256.209

Spondesi? Spondeo: in dubio intelliguntur de stipulatione. 80.68

Sponsionis exemplum. 87.75

Sponsiones honestæ rectè fiunt, & promissum debetur. 497.20

Sponsalia unde dicta. 87.75

Sponsor quis. 341.16

Specie posita ponitur genus. 20.28. species dividuntur partibus pro indiviso. 625. 289, 626.290. nisi in jure consistant sine corporibus. 629. 291. species quatenus plus genere contineat. 120.28

Status obligationis non debet pendere ex reorum arbitrio. 924.149

Statuto quod potest fieri, etiam pacto & consuetudine. 518.68. potest statutum filiæ nubentes acceptâ dote loco legitimæ, vel simpliciter à successione paterna & materna excludere 519. 69, 70. quomodo hoc intelligendū. ibid. 71. statutum lecti non egreditur limites statuentis. 130.44

Stipulum unde, & quid significet. 32.2

Stipes unde descendat. 39.14. significat principem familiæ. 36.10

*Stipulatio adsimilatur legato. 926. 153, 179. 593 321. 104. excepta annua stipulatione. ibid. 105. 106 stipulatio producit verborum obligationem. 4.5. substantia ejus cōsistit in verbis eorumq; conceptione. 4. 6. contrahitur. 26.38. committitur. 26.39. à stipulo dicta. 32.1. & quare. 32.2, 35.8, 9, 36. 10, 11. dissentiunt quidā, & quare. 33.3, & seqq. à stipe. 33.3, 4, 5 firmius obligat. 38.13. p se subsistit. 337. 6, 338. 7, 8. stipulationis varia significatio. 40.15, 41. 16, 17, 42. 11, 19, 43. 20. definitio. 44.21. explicatio. 45.22. à fine. 40.15. stipulari pro interrogare. 41.16. non semper. 42.17, 18, 19. an sit contractus nominatus. 45.22, usq; 50.29. item 64. 48, usq; 67.53. qua significatione cōtractus vel formula. 62. 43. contrahentes ei dant formā. 67. 52. differt à pacto. 80.68, usq; 81.71. stipulationis solennia. 85.73. fingitur in dote. 86.75. cur inventa. 88.

76,77,474.183.eſt juriu civilis.101.1,& ſeqq. ſtipulationis partes.97.94 nulla ſine conſenſu.106.11.apud Deo populum in uſu.108.18.ſit qualibet lingua.121.30.ſtipulatio inutilis non habet utile pactū.122.32,250.197.251.199,uſque 253.202.niſi id ſpecialiter agatur.251.199.quis introduxit eam,non conſtat.126 38,uſq; 41.an à prætoribus inventa.128.42.per jus civile etiam conſervatur.129.43.nec jure Canonico abrogatur.131.46.ſit quotidie 131.47.ſit ex conſenſu.141.1,2.differt à judicio.141.2.non eſt contractus lucrativus,niſi donandi cauſa fiat.301.66,305.71,72,73.propriam & formalem ſuam cauſam habet.192.88,ſine alia cauſa conſiſtit.337.6,7,338.8,9.per jocum non contrahitur.193.89,90.contrahitur non aliter, quàm utroq; loquēte.244.184,185,186.nutu non contrahitur.245.188.nec per nuncium.246.189.nec per epiſtolā.247.190.ſtipulationes tot, quot corpora, quot res, quot factā comprehēſa.314.88,485.209,210.in arbitrium ſtipulatorū conferri queunt,ut inde ſtatū capiat.321.103.& ſeqq.ſtipulatio principalis quæ.319.10,11.acceſſoria quæ.340.12.utraq; ſit ſimpliciter vel novandi cauſa.349.34.ſimplex quæ.349.35.eſtq; plurium vel ſingulorum reorum.376.113.per ſe ſubſiſtit & alias obligationes confirmat,cuiq; accedit.379.161.conventionalium tot ſpecies,quot genera negotiorum,& obligationum.399.161.contrahitur ſtipulatio judiciorum quoq; conſtituendorū confirmandorumq; cauſa.400.163.eſtq; honoraria vel cōventionalis.ibi.164.utrum hæc diviſio ſit à cauſa efficiente vel finali.401.165.ſtipulationes honorariæ, quæ & quotuplices.404.170,171.ad eas cogimur magiſtratus, vel judicis officio.405.172.harum tria genera.407.177.injunguntur judicando, vel imperando.ibid.178.ſimpliciter vel permixtim.ibi.179.judiciales quæ.414.197.198.prætoriæ quæ.424.226,227.& ſeq.425.229.ſubdividuntur prætoriæ.426.230.judiciales prætoriæ quæ.ibid.231.cautionales prætoriæ quæ,& cur ſic dictæ.432.245,246,247.& ſeqq.ſunt duplicis generis.ibid.& 434.251,uſq; 439.264.ut nova ſit actio,non à novando eſt alterū illud genus appellatū.445.272,448.278.ædilitiæ ſtipulationes ſunt cautionales.451.286.communes prætoriæ,quæ,& quis uſus.454.292,293.prætoriæ quædam requirunt ſatisdationem,quædam admittunt nudam repromiſſionem.456.294,295.communes honorariæ quæ,& quis uſus.458.302,& ſeqq.unde appellata.ibid.304.non diſtinguenda à prætore mortuo & vivo.467.323,468.324,469.327,470.329.ſtipulatio judicatū ſolvi quid,& quando exigatur.427.234,& ſeqq.quid contineat.428.237.tres habet clauſulas.ibid.238.quādo dies in ea cedat.ibid.239 ex quo cōmittatur judicatū ſolvi ſtipulatio.429.240.ſtipulatio ex novi operis nuntiatione.ibi.242.quis ejus uſus & effectus.ibid.& 430.242,431.243.eaq; habet nudam repromiſſionem, ſæpe etiā ſatisdationem.456.295.ſtipulatio dupla habet nudam repromiſſionē.457.296.damni infectī ſimiliter.297.cætera habent ſatisdationem,quæ fit datis fidejuſſoribus ibid.298.ſtipulationes judiciales perpetuæ;prætoriæ verò annales,non rectè perhibentur.471.332,333,472.334.conventionales quæ.473.335,336.imitatur naturam ejus negotii,cui accedit.912.31.ſtipulatio certi vel incerti.596.220,uſq; ad 614.254.firmior ſtipulatio accedit infirmiori.1034.139.ſtipulatio

latio ab initio inutilis ex post-facto non convalescit. 552. 121, usque 555. 126. de crimine non accusando, vel omittendo, an & quando contrahi possit stipulatio. 556. 127, usque 570. 163. pœnalis pactis dotalibus subdita, ne extra certum locum, cum uxore maritus habitet, an & quatenus valeat. 576. 175. stipulatio est stricti juris. 834. quod ei essentiale. 835. 2, 3. nisi sit de dote: & quare tum sit bonæ fidei. 845. 27, 28, 846. 28, 29. 853. 36. an oppositâ doli mali exceptione fiat bonæ fidei ex stipulatu actio. 848. 30, 31, 849. 31. stipulatio pura est vel non pura. 910. 111. & quid sit. ibid. usque 922. 143. effectus stipulationu est obligatio. 967. 1, 2. si sit commissa. ibid. 3. quâdo committatur. 968. 4. stipulationis in diem, sub conditione, pura, effectus, & quando cõmittatur. 968. 3, 4, 5, 6, 7, 969. 8, 9. 970. 10, 11. quis effectus. ibid facti habet geminũ effectum. ibid. 6. facti stipulatio ad quid astringat. 971. 13, 14, 15, 1103. 61. quisque sibi nõ alteri stipulando acquirit. 1078. 1. ex nostra persona incipiet. ibid. 1079. 4, 10, 1080. 5, 6, 1081. 8, 9, 10, & sqq. & qd de jure Canonico? 1080. 7, 1082. 13, 14. & quid in feudo? 1083. 17. quid favore libertatis? 1085. 23, 1086. 24, 25. nisi sint prætoria stipulationes. 1089. 30. aut dotis causa. ibid 31. vel ob piam causam. 1080. 32. aut judex officii causâ alteri stipuletur. ibid 34. aut statutum vel consuetudo permittat. 1091. 35. vel servus sit publicus. ibid. 36. vel ex ipsa re stipulatoru interest. ibid. 37. ut si contutor à cõtutore stipuletur, rem pupilli salvã fore. 1092. 38. aut pœna sit subdita. 1093. 39. nec subditus fisco, aut Reipub. stipulatur. 1098. 2. pater tamen aliquo casu filiofam. & servus domino stipulatur. 1094. 41, & sqq. 1099. 54. transeunt in heredes & ad heredes. 1046. 167, usque 1063. 197

Stultis non succurritur. 744. 113

Subjectum quid. 474

Summa ratione quid. 660. 340, 341, 661. 342, 343

Summæ majori minor inest. 296. 55. 311. 82. pars est obligationis. 301. 67, 312. 83. quot summæ, tot stipulationes, quemodo intelligendum. 310. 81

Συνάλλαγμα quid. 54. 30

Surdus stipulationem non contrahit. 815. 282, 283. & sqq.

Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est. 320. 101

T

Tabulæ pupillares in cõtinenti facta. 272. 16, 275. 19

Testamentum est juris civilis. 110. 22

Tempus longum, vel continuum, & incontinenti quid. 276. 15, usque 277. 22. tempore plus vel minus debetur. 289. 42, 43. tempus est quantitas continua. 295. 53, 313. 84. & quid sit ibid. an partes habeat discreti vel continui. ibid.

Tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis. 894. 90. quantum temporis intelligatur ad faciendum aliquid, si facti stipulatio fuerit contracta. 916. 130. tempus opportunum. 1139. 61. medicum potest interpellationem non erit fraudi. 1145. 75. intelligitur pmissoris gratiâ adjectum. ibi. 77. medium tempus cedit solutioni, & commodo debitoris. 1163. 110

Traditio non est commercii causa, vel causam commercii habens, sed effectus, & quando per eam dominium transeat. 191. 86

Transigere de crimine an & quando liceat. 556. 127, usque 570. 163. per transactionem quandoque etiam finitur stipulatio. 1224. 77, 80

Tutela testamentaria ad tempus constitui potest, & quare. 913. 128

Tutoris autoritas nõ præsumitur. 256. 209

V

Venire diem, quid. 911.113
Venditor cavebit emtori, his rebus rectè præstari. 419.214. convenire potest, ne de evictione venditor teneatur. 496.17. venditor an præcisè tradere teneatur. 976.29, 997.65, usq; 999.68
Verborum obligatio unde. 3.3.4. effectus est ejus negotii, quod verbis constat. 4.5. verbis omnia possunt contrahi, nec tamen omnia contracta verbis constant, ac proinde non omni casu erit verborum obligatio. 3.4. an ex sola stipulatione sit verborum obligatio. 4.7, & seqq. verborum contractus. 49.27. verba literis & lingua figurantur. 78.66. verba sunt symbola rerum & animi. 240.174, usq; 242.181. quid sint in cæteris contractibus verba. 243.182, 183. solennia verba an & quatenus in stipulationibus sublata. 269.4, 279.26. verbis impersonalibus, & personalibus an & quatenus contrahatur stipulatio. 281.29, usque 283.34. verba sunt propria stipulationis materia. 240.173
Wetten/so ehrlich/zugelassen. *497.20*
Veritas opprimi non debet. 1002.71
Verius est, verba sunt modestia, non dubitantis. 23.33
Vicinus vicino non stipulatur. 1078.2. dissentiunt quidã. 1080.5. sed malè. 1081.8, 9, 10, & seqq.
Vindicanti omnia restitui debẽt. 415.602
Viriola quid. 167.36
Vis ipso jure infirmat contractum bonæ fidei. 230.156, & seqq. dominii translationem nõ impedit. 235.165. & seqq.
Universum, an & quomodo dividuum. 616.260
Vocatus in jus venire debet. 455.293
Voluntas coacta, est voluntas, sed remissa. 199.102, 103, 106, 405.173. magu, quã verba spectanda. 1044.163. voluntas testatoris in specifica forma debet impleri. 989.55
Vox unius, vox nullius. 245.187
Urbem primã Cain ædificavit. 15.10
Usufructuarii cautio est prætoria cautionalis. 452.287. item qua inter duos fructuarios de ejusdem rei usufructu contendentes intercedit. ibid. 289. si is servum fructuarium noxa reum non defendat, denegatur ei actio pro usufructu restituendo. 455.293
Usufructus est res incerta. 603.228. est dividuus. 631.296, usque 635.301
Usus est individuus 629.292, 630.295. 296, 635.301, 638.305. & seqq.
Usuram etiam mutui causa stipulari licet. 497.19. usura centesima quid. 867.60. cur mutui causa usuram stipulari liceat, non autem pacisci. 888.80, 81, 890.83, 84. ex stipulatu non debentur, nisi distincte sint promissa. 1168.120, 121, 122
Utile per inutile nõ vitiatur, & quatenus. 311.83, 316.88, 501.28
Uxor viro, vel contra ex pacto dotali ut succedat, an & quatenus subsistat. 524.83

FINIS.

B.17.7.42
B.N.C.F.